روضة الطالبين

للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي
المتوفى سنة ٦٧٦

ومعه

المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي

و

منتقى الينبوع

فيما زاد على الروضة من الفروع

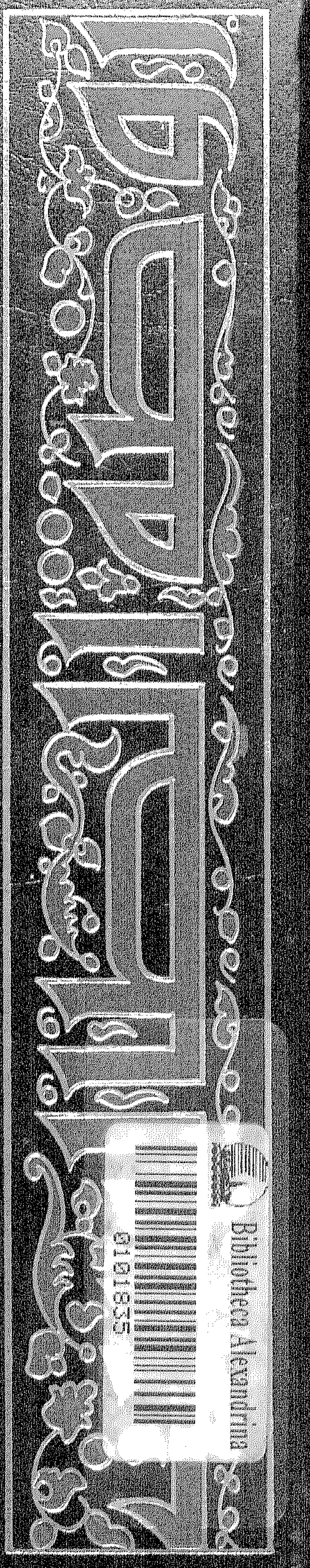
للحافظ جلال الدين السيوطي

تحقيق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود — الشيخ علي محمد معوض

المجلد السادس

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان













رَوْضَةُ الطَّالِبِين

لِلإمَام أَبِي زَكَرِيَّا يَحْيَى بْن شَرَفٍ النَّوَوِي الدِّمَشْقِيّ

المتوفَّى سَنَة ٦٧٦

وَمَعَهُ

المِنهَاج السَّوِيّ فِي تَرجَمَة الإمَام النَّوَوِيّ

و

مُنتَقَى اليَنبُوع

فِيمَا زَادَ عَلَى الرَّوضَةِ مِنَ الفُرُوع

لِلحَافِظ جَلَال الدِّين السَّيُوطِي

تحقيق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود — الشيخ علي محمد معوض

الجزء السادس

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

يطلب من : دار الكتب العلمية بيروت . لبنان
ص.ب : ١١/٩٤٢٤ تلكس : Nasher 41245 Le
هاتف : ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطلاق[1]

فيه ستة أبواب .

الأول : في الطلاق السني والبدعي وغيرهما ، وفيه طرفان .

الأول : في بيان البدعي والسني .

لم يزل العلماء قديماً وحديثاً يصفون الطلاق بالبدعة والسنة .

وفي معناهما اصطلاحان .

---

(١) وهو في اللغة حل القيد ، يقال ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد .

وشرعاً : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه .

(لسان العرب ٤ / ٢٦٩٣) - (مغني المحتاج ٣ / ٢٧٩) - (فتح الوهاب ٢ / ٧٢) .

والأصل فيه كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ البقرة (٢٢٩) .

أما السنة : فلما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها .

(أبو داود ٢ / ٢٩٤ في الطلاق / باب في المراجعة ، حديث ٢٢٨٣) .

(والنسائي ٦ / ٣١٣ في الطلاق / باب المراجعة) .

(وابن ماجة ١ / ٦٥٠ في الطلاق ، حديث ٢٠١٦) .

(والحاكم في المستدرك ٢ / ١٩٧) .

وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : كانت تحتي زوجة وكنت أحبها وكان أبي يكرهها ويأمرني أن أطلقها فأبيت ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : يا عبد الله ، طلق زوجتك .

(أبو داود ٤ / ٣٣٧ في الآداب / باب في بر الوالدين ، حديث ٥١٣٨) .

(والترمذي ٣ / ٤٩٤ في الطلاق ، حديث ١١٨٩) . وقال حسن صحيح .

(وابن ماجة ١ / ٦٧٥ في الطلاق ، باب الرجل يأمره أبوه بطلاق امرأته ، حديث ٢٠٨٨) .

دل هذا الخبر على جواز الطلاق .

أحدهما : السني ما لا يحرم إيقاعه ، والبدعي : ما يحرم . وعلى هذا فلا قسم سواهما .

والثاني : وهو المتداول ، أن السني طلاق مدخول بها ليست بحامل ، ولا صغيرة ولا آيسة .

والبدعي : طلاق مدخول بها في حيض أو نفاس ، أو طهر جامعها فيه ولم يبن حملها ، وعلى هذا يستمر ما اشتهر في المذهب : أن غير الممسوسة لا سنة ولا بدعة في طلاقها ، وكذا من في معناها . وعلى هذا ، الطلاق سني وبدعي وغيرهما .

ثم ذكر الأصحاب أن ما لا يحرم من الطلاق : واجب ومستحب ومكروه . فالواجب في حق المؤلي ، إذا مضت المدة ، يؤمر أن يفي أو يطلق ، وعند الشقاق إذا رأى الحكمان التفريق وجب .

وأما المستحب ، فهو إذا كان يقصر في حقها لبغض أو غيره ، أو كانت غير عفيفة .

وأما المكروه ، فهو الطلاق عند سلامة الحال[١] .

وأما المحرم ، فلتحريمه سببان[٢] .

أحدهما : إيقاعه في الحيض إذا كانت ممسوسة ، تعتد بالاقراء فطلقها بلا عوض . فإن خالع الحائض ، أو طلقها بعوض ، فليس بحرام .

ولو سألت الطلاق ورضيت به بلا عوض في الحيض ، أو اختلعها أجنبي في

---

(١) لما رواه ثوبان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير بأس ، لم ترح رائحة الجنة .

(أبو داود ٢ / ٢٧٥ في الطلاق / باب في الخلع ، حديث ٢٢٢٦) .

(والترمذي ٣ / ٤٩٣ في الطلاق / باب ما جاء في المختلعات ، حديث ١١٨٧) .

(وابن ماجة ١ / ٦٢٢ في الطلاق / باب كراهية الخلع ، حديث ٢٠٥٥) .

(والحاكم في المستدرك ٢ / ٢٠٠) ، وقال صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

(٢) قال في المهمات : أهمل سبباً ثالثاً ذكره في القسم عن المنولي وهو أن يقسم لواحدة ثم يطلق الأخرى قبل توفية حقها ، قال : وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً ، ولم ينفرد المتولي بما حكاه بل هو مشهور حتى في التنبيه .

قال في الخادم : قد ذكره في الروضة من زوائده وهو كما قال .

الحيض ، فحرام على الأصح .

ولو طولب المؤلي بالطلاق ، فطلق في الحيض ، فقال الإمام والغزالي وغيرهما : ليس بحرام لأنها طالبة راضية ، وكان يمكن أن يقال : حرام لأنه أحوجها بالايذاء إلى الطلب وهو غير ملجأ إلى الطلاق لتمكنه من الفيئة .

ولو طلق القاضي عليه ، إذا قلنا به ، فلا شك أنه ليس بحرام في الحيض . ولو رأى الحكمان في صورة الشقاق الطلاق ، فطلقا في الحيض ، ففي شرح « مختصر الجويني » أنه ليس بحرام ، للحاجة إلى قطع الشر[1] .

---

(١) وقد تأتي الفرقة منها في صور عدتها اثنتان وعشرون فرقة :
منها : فرقة الطلاق .
ومنها : فرقة الاعسار بالنفقة .
ومنها : فرقة العنة .
ومنها : فرقة الغرور .
ومنها : فرقة الرضاع .
ومنها : فرقة اللمس بالشهوة على قول .
ومنها : فرقة سبي أحد الزوجين أو إسلام أحدهما على تفصيل .
ومنها : فرقة الإسلام على الاختين .
ومنها : فرقة الزيادة على الأربع .
ومنها : فرقة الردة .
ومنها : فرقة اللعان .
ومنها : فرقة ملك أحد الزوجين .
ومنها : فرقة جهل سبق أحد العقدين .
ومنها : فرقة تمجس الكتابية تحت مسلم .
ومنها : فرقة الموت .
ومنها : فرقة الاقرار بشرط مفسد .
ومنها : فرقة الاعسار بالمهر .
ومنها : فرقة الحكمين .
ومنها : فرقة العيب .
ومنها : فرقة العتق .
ومنها : فرقة وطء الأصول أو الفروع بالشبهة .
ومنها : ما لو أقر ان الشاهدين كانا فاسقين عند العقد . الاعتناء بتحقيقنا في كتاب الطلاق .

فـرع : إذا طلق في الحيض طلاقـاً محرمـاً ، استحب له أن يـراجعها ، فـإن راجـع ، فهل له تطليقها في الطهر التالي لتلك الحيضة ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، وبه قطع المتولي لحديث ابن عمر رضي الله عنهما وكأن الوجهين في أنه : هل يتأدّى به الاستحباب بتمامه .

فأما أصل الاباحة والاستحباب ، فينبغي أن يحصل بلا خلاف لاندفاع ضرر تطويل العدة .

قلت : قد صرح الإمام وغيره ، بأن الوجهين في الاستحباب . قال الإمام : قال الجمهور : يستحب أن لا يطلقها فيه ، وقال بعضهم : لا بأس به . وأما قول الغزالي في « الوسيط » : هل يجوز أن يطلق في هذا الطهر ؟ فيه وجهان ، فشاذ أو مؤول ، فلا يعتبر بظاهره . والله أعلم .

وهل يستحب أن يجامعها في ذلك الطهر ؟ وجهان . أحدهما : نعم ليظهر مقصود الرجعة . وأصحهما : الاكتفاء بإمكان الاستمتاع . قال الإمام : والمراجعة وإن كانت مستحبة ؛ فلا نقول تركها مكروه .

قلت : في هذا نظر ، وينبغي أن يقال : تركها مكروه[1] للحديث الصحيح[2] الوارد فيها ، ولدفع الايذاء . والله أعلم .

فـرع : طلقهـا في الـطهـر ، ثم طلقهـا أخـرى في الحيض ، بني على أن الـرجعيـة تستأنف العدة إذا طلقت ، أم تبني ؟ إن قلنا : تستأنف ، فبدعي وإلا فوجهان لعدم التطويل ولو طلقها في الحيض بدعياً ، ثم طلقهـا أخرى في تلك الحيضـة أو في أخرى ، ففي كون الثانية بدعية الوجهان .

فرع : الطلاق في النفاس بدعي كالحيض ، لأن المعنى المحرم شامل[3] .

فرع : قال : أنت طالق مع آخـر حيضك ، أو آخـر جزء من أجـزاء حيضك ، فالأصح

---

(١) في « حـ » : المكروه .

(٢) في « ط » : مصحيح .

(٣) وافق الرافعي هنا ترجيح الشيخ المصنف في كتاب الحيض أن الطلاق في النفاس يدعى خلافاً لما رجحه الرافعي هناك .

أنه سني لاستعقابه الشروع في العدة . ولو قال : أنت طالق مع آخر جزء من الطهر ولم يطأها ، فالمذهب والمنصوص أنه بدعي .

ولو قال في الصورتين بدل « مع » : في آخر جزء من كذا ، فقال الجمهور في كـ « مع » على ما تقدم . وقال المتولي : إن قال في آخر جزءٍ من الحيض ، فبدعي قطعاً ، أو في آخر جزء من الطهر ، فسني قطعاً .

فرع : تعليق الطلاق بالدخول وسائر الصفات ، ليس ببدعي ، وإن كان في الحيض ولكن إن وجدت الصفة في الطهر ، نفذ سنياً ، وإن وجدت في الحيض ، نفذ بدعياً فتستحب المراجعة ، ويمكن أن يقال : إن وجدت الصفة باختياره ، أثم بإيقاعه في الحيض . وعن القفال : أن نفس التعليق بدعة ، لأنه لا يدري الحال وقت الوقوع ، فلتحترز عما قد يضرها ولا ضرورة إليه .

قلت : قوله أولاً : وإن وجدت في الحيض نفذ بدعياً ، معناه يسمى بدعياً وترتب عليه أحكام البدعي ، إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق ، إلا ما حكاه عن القفال ، وقد أطنب الإمام في تغليط القفال في هذا وقال : هذا في حكم الهجوم على ما اتفق عليه الأولون ، فلم يحرم أحد تعليق الطلاق . والله أعلم .

ولو قال لذات الاقراء : أنت طالق إن دخلت الدار ، أو إن قدم فلان للسنة ، أو إذا جاء رأس الشهر ، فأنت طالق للسنة ، فإن وجد الشرط وهي في حال السنة ، طلقت . وإن وجد وهي في حال البدعة ، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة ، فحينئذ تطلق ، لأن الطلاق معلق بأمرين ، فاشترط حصولهما ، وكذا لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق للبدعة ، فإن دخلت في حال البدعة طلقت ، وإن دخلت في حال السنة ، لم تطلق حتى ينتهي إلى البدعة .

ولو قال لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة كغير الممسوسة : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن قدم فلان للسنة ، فصارت ذات سنة وبدعة ، ثم وجد الشرط المعلق عليه ، فإن وجد في حال السنة ، طلقت ، وإن وجد في [حال][1] البدعة ، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة . ولو وجد الشرط قبل أن يتغير حالها ، طلقت لأنه

(١) سقط في الأصل ، والمثبت من « ط » .

لا سنة في طلاقها .

فرع : إذا علق طلاقها بما يتعلق باختيارها ، ففعلته مختارة ، يحتمل أن يقال : هو كما لو طلقها بسؤالها .

السبب الثاني : أن يجامعها في طهر وهي ممن تحبل ولم يظهر حملها ، فيحرم طلاقها في ذلك الطهر ، واستدخالها ماءه كالوطء ، وكذا وطؤها في الدبر على الأصح . ولو وطئها في الحيض فطهرت ، ثم طلقها في ذلك الطهر ، حرم على الأصح لاحتمال العلوق .

وأما إذا ظهر بها الحمل ، فلا يحرم طلاقها بحال .

ولو خالعها أو طلقها على مال في الطهر الذي جامعها فيه ، قبل ظهور الحبل ، لم يحرم على الصحيح ، كمخالعتها في الحيض . وقيل : يحرم ، لأن التحريم هنا رعاية لحق الولد ، فلا يؤثر فيه رضاها ، وهناك لضررها بطول العدة ، وتستحب المراجعة هنا كما في السبب الأول .

ثم إن راجعها ووطئها في بقية الطهر ، ثم حاضت وطهرت ، فله أن يطلقها، وإن لم يراجعها حتى انقضى ذلك الطهر ، ثم راجعها ، أو راجعها ولم يطأها ، استحب أن لا يطلق في الطهر الثاني ، لئلا تكون الرجعة للطلاق . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا تستحب الرجعة هنا ، ولا يتأكد استحبابها تأكده في طلاق الحائض .

فصل : الآيسة والصغيرة ، والتي ظهر حملها وغير الممسوسة ، لا بدعة في طلاقهن ، ولا سنة إذ ليس فيه تطويل عدة ، ولا ندم بسبب ولد . فلو كانت الحامل ترى الدم وقلنا : هو حيض ، فطلقها فيه ، لم يحرم على الصحيح . وقال أبو إسحاق : يحرم . وقد اشتهر في كلام الأصحاب أن الأربع المذكورات لا بدعة في طلاقهن ، ولا سنة ، وذلك للعبارات السابقة في تفسير السني والبدعي .

وربما أفهم كلامهم ، أنهم يعنون بذلك أنهن لا يجتمع لهن حالتا سنة وبدعة ، بل لا يكون طلاقهن إلا سنياً ، وهذا يستمر على تفسير السني بالجائز ، والبدعي بالمحرم ، وقد يغني عن التفاسير الطويلة .

فرع : نكح حاملاً من الزنى ووطئها ثم طلقها ، قال ابن الحداد وغيره : يكون

الطلاق بدعياً ، لأن العدة تكون بعد وضع الحمل وانقضاء النفاس . ولو وطئت منكوحة بشبهة فحبلت ، فطلقها زوجها وهي طاهر ، فهو حرام لأنها لا تشرع عقبه في العدة ، وكذا لو لم تحبل ، فشرعت في عدة الشبهة فطلقها ، وقدمنا عدة الشبهة . وقيل : لا يحرم لأنه لم يوجد منه إضرار .

ورجح المتولي التحريم ، إذا حبلت ، وعدمه إذا لم تحبل ، والأصح ، التحريم مطلقاً .

فرع : طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها ، فله أن يطلقها ، وحكى القاضي حسين وجهاً ضعيفاً : أنه يحرم طلاقها كيلا تكون الرجعة للطلاق ، وهذا سبب ثالث للطلاق على هذا الوجه[1] .

فرع : لا تنقسم الفسوخ إلى سنة وبدعة ، لأنها شرعت لدفع مضار نادرة ، فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات .

قلت : ومما يتعلق بهذا ، لو أعتق أم ولده ، أو امته الموطوءة في الحيض ، لا يكون بدعياً ، وإن طال زمن الاستبراء ، لأن مصلحة تنجيز العتق أعظم ، ذكره

---

(١) تقدم أن الأسباب ثلاثة ، فعلى هذا تكون الأسباب أربعة على هذا الوجه ، واعلم أن الشيخ الإمام البلقيني ذكر هنا شيئاً غير مسلم ، فلنذكره ليعلم حاله ، ولا يقدح ذلك في جلالة قدر الشيخ وكثرة اطلاعه ، قال الشيخ : إما أن يكون هذا الوجه في طلاقها في ذلك الطهر الذي راجعها فيه أو في الذي بعده ، فإن كان في ذلك الطهر فلا خلاف في التحريم بقيام السبب المقتضي للتحريم .

قال الشيخ ولي الدين العراقي : هذا سهو لم يقع من الشيخ عن قصد وكأنه سبق الذهن إلى أنه جامعها في ذلك الطهر .

ثم قال الشيخ : وإن كان في الطهر الثاني فإن كان قد جامعها في الطهر الأول بعد الرجعة ، فلا يأتي الخلاف ، بل يحرم قطعاً .

قال الشيخ ولي الدين : ينبغي أن لا يحرم قطعاً لأنه طلاق في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله ، ثم قال الشيخ : وإن كان لم يجامعها في الطهر الذي يراجعها فيه ولا في الطهر الذي بعده ، فحكاية الوجه حينئذ يرد على ما سبق من الرد على ما في الوسيط فيما إذا راجعها في صورة الحيض ، ثم طلقها في الطهر الذي يليه وفي الفرق نظر .

قال الشيخ ولي الدين : صورة المسألة أنه طلقها في ذلك الطهر لا في الذي يليه وعلته ما ذكره من أنه تصير الرجعة للطلاق . انتهى .

وما حرره الشيخ ولي الدين ظاهر جلي .

إبراهيم المروذي . ولو قسم لاحدى زوجتيه ، ثم طلق الأخرى قبل قسمها ، أثم وهذا سبب آخر لتحريم الطلاق ، وسبقت المسألة في كتاب القسم . والله أعلم .

فصل : لا بدعة في جمع الطلقات الثلاث ، لكن الأفضل تفريقهن على الاقراء ، أو الأشهر إن لم تكن ذات أقراء ، لتتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم ، فإن أراد أن يزيد في قرء على طلقة ، فرق على الأيام . وقيل : التفريق سنة ، وإن لم يكن الجمع بدعة ، والصحيح المنع .

قلت : ولو كانت حاملاً وأراد تطليقها ثلاثاً ، فوجهان حكاهما في « البيان » أحدهما : يطلقها في كل شهر طلقة . والثاني ، وبه قال الشيخ أبو علي : يطلقها في الحال طلقة ويراجع ، فإذا طهرت من النفاس ، طلقها ثانية ، ثم إذا طهرت من الحيض طلقها ثالثة . والله أعلم .

الطرف الثاني : في إضافة الطلاق إلى السنة والبدعة ، تنجيزاً أو تعليقاً ، وفيه مسائل .

الأولى : قال لحائض أو نفساء : أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ، وإن قال للسنة ، لم تطلق حتى تشرع في الطهر ، ولا يتوقف على الاغتسال ، ولو وطئها في آخر الحيض واستدام حتى انقطع الحيض ، لم تطلق لاقتران الطهر بالجماع ، وكذا لو لم يستدم إذا قلنا بالأصح أنه إذا وطىء في الحيض ثم طلق في الطهر يكون بدعياً .

الثانية : قال لطاهر : أنت طالق للسنة ، فإن لم يكن جامعها في ذلك الطهر ، طلقت في الحال ، وإن جامعها فيه ، لم يقع حتى تحيض ثم تطهر . وإن قال لها : أنت طالق للبدعة ، فإن كان جامعها في ذلك الطهر ، طلقت في الحال ، وإلا فعند الحيض . قال المتولي : ويحكم بوقوع الطلاق بظهور أول الدم . فإن انقطع لدون يوم وليلة ، بان أنها لم تطلق ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا قال : إن حضت فأنت طالق ، أنها هل تطلق برؤية الدم أم بمضي يوم وليلة ؟ ولو جامعها قبل الحيض ، فبتغييب الحشفة تطلق ، فعليه النزع ، فإن نزع وعاد ، فهو كابتداء الوطء بعد الطلاق ، وإن استدام ، فإن كان الطلاق رجعياً ، فلا حد وإن كان ثلاثاً ، فلا حد أيضاً ، لأن أوله مباح . وقيل : إن كان عالماً بالتحريم ، حد ، وهل يجب

المهر ؟ حكمه حكم من قال : إن وطئتك فأنت طالق فغيب الحشفة ثم استدام ، وقد ذكرنا هذه الصورة في كتاب الصوم ، وبينا أن المذهب فيها أنه لا مهر ، لأن النكاح تناول جميع الوطآت ، وادعى صاحب « العدة » أن المذهب هنا الوجوب .

فرع : اللام في قوله : أنت طالق للسنة أو للبدعة ، تحمل على التوقيت ، فلا تطلق إلا في حال السنة أو البدعة ، لأنهما حالتان منتظرتان تتعاقبان تعاقب الأيام والليالي وتتكرران تكرر الشهور ، فأشبه قوله : أنت طالق لرمضان معناه : إذا جاء رمضان ، أنت طالق ، وأما اللام الداخلة على ما لا يتكرر مجيئه وذهابه ، فللتعليل ، كقوله : أنت طالق لفلان ، أو لرضى فلان ، فتطلق في الحال ، رضي أم سخط[1] . والمعنى : فعلت هذا لترضى ، وقال ابن خيران : إنما يقع في الحال إذا نوى التعليل ، فإن لم تكن له نية ، لم تطلق حتى يرضى ، والأول هو الصحيح المنصوص ، ونُزِّل ذلك منزلة قول السيد : أنت حر لوجه الله تعالى . وحيث يحمل على التعليل ، فلو قال : أردت التوقيت ، قبل باطناً ، ولا يقبل ظاهراً على الأصح .

ولو قال : أنت طالق بقدوم زيد أو برضاه ، فهو تعليق ، كقوله : إن قدم أو رضي[2] وحيث حملنا قوله للسنة أو للبدعة على الحالة المنتظرة ، فقال : أردت الايقاع في الحال ، قبل ، لأنه غير متهم .

(١) ثم قال : وحيث يُحمَل على التعليل ، فلو قال أردت التوقيت قبل باطناً ولا يقبل ظاهراً على الأصح .
قال في الخادم : حاصله أن اللام تجيء للتأقيت والتعليل ، والضابط أنها إن دخلت على ما ينتظر مجيئه وذهابه فللتأقيت نحو أنت طالق لرمضان أن تكون بمعنى عند ، وإن دخلت على ما ينتظر مجيئه وذهابه فللتعليل ، وهذا مستمد من كلام الإمام فإنه قال في الأم في الأوقات محمولة على التأقيت بالاتفاق ، فإذا قال أنت طالق لهلال رمضان ، فهو بمثابة إذا استهل رمضان فأنت طالق ، وهذا شائع في لغة الفصحاء ، وينضم إليه أن يخيل التعليل بالأوقات بعيد عن الفهم . انتهى .
وقال الشيخ البلقيني : الذي جزم به الشيخ أبو حامد في الرجعة في الكلام على قول الشافعي في الأم راجعتك للمحبة أنه يقبل منه ظاهراً وله شاهد من قوله له راجعتك للمحبة ، وذكر أنه أراد عن الرجعة .

(٢) قال ذلك قوله البلقيني لقدوم زيد باللام أو برضاه بالباء ، والرافعي لما نقل ذلك قال كذا قال في التهذيب ولم ينقله عن غيره وفي الكافي مثله ، وصرح في الابانة بأن قوله لقدوم زيد تعليل ، وفي التتمة في الباب العاشر في فصول شتى أن قوله لقدوم زيد يجعل تعليقاً ، وجزم في الوسيط بأن قوله لقدوم زيد تعليق وأن قوله أنت طالق لدخول الدار تعليل وقد يستشكل ذلك ويمكن الفرق بأن المنطق إليه في جانب قوله في التعليق الصريح إن دخلت الدار فأنت طالق الفعل لا الوقت حتى يكون ذلك حلفاً يمنع من الدخول ، وأما في قوله إن قدم زيد فالمنظور إليه الوقت وكان ذلك ليس منعاً لزيد من المجيء فإذا =

فــرع : قولـه : أنت طالق لا للسنـة ، كقولـه : للبدعـة ، وقولـه : لا للبـدعـة كقـولـه للسنة ، وقوله : سنة الطلاق ، أو طلقة سنية ، كقوله للسنة ، وقوله : بدعة الطلاق ، أو طلقة بدعية ، كقوله للبدعة .

فــرع : قال : إن كـان يقع عليـك في هذا الـوقت طلاق السنـة ، فـأنت طـالق ، فـإن كانت في حال السنة ، طلقت ، وإلا فلا تطلق ، لا في الحال ، ولا إذا صارت في حال السنة ، لعدم الشرط ، وكذا لو قـال : أنت طالق للسنـة إن قدم فـلان وأنت طاهر ، فإن قدم وهي طاهر ، طلقت للسنة ، وإلا فلا تطلق لا في الحال ، ولا إذا طهرت .

فرع : جميع ما ذكرنا ، إن كانت المخاطبة بالسنة والبدعة ، ذات سنـة وبدعـة ، فأمـا إذا قال لصغيرة ممسوسة ، أو لصغيرة أو كبيرة غير ممسوسة : أنت طالق للسنة ، فيقع في الحال ، واللام هنا للتعليل ، لعدم تعاقب الحال كقوله : لرضى زيد . ولو قال : للبدعة ، وقع في الحال على الصحيح ، لما ذكرنا . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه يحمل على التوقيت ، وينتظر زمن البدعة ، بأن تحيض الصغيرة ، ويدخل بالكبيرة أو تحيض . وعن ابن الوكيل ، أن الطلاق لا يقع مطلقاً لتعليقه بما لا يتصور ، كقوله : إن صعدت السماء ، وهذا يطرد في قوله : للسنة .

ولو صرح بالوقت فقال : أنت طالق لوقت السنة ، أو لوقت البدعة ، قال في « البسيط » : إن لم ينو شيئاً ، فالظاهر وقوع الطلاق في الحال ، وإن قال : أردت التوقيت بمنتظر ، فيحتمل أن يقبل لتصريحه بالوقت ولا نقل فيه .

فرع : قال : أنت طالق لا للسنة ولا للبـدعة ، وقـع في الحال ، سـواء كانت ذات سنـة وبـدعة ، أم لا ، لأنهـا إن لم تكن ، فحالهـا ما ذكـر ، وإن كانت ، فـالوصفـان

= قال أنت طالق للدخول ، لم يشبه الأوقات فحمل على التعليل كان رضي زيد بخلاف أنت طالق لقدوم زيد فإنه يشبه الأوقات ، فكان كما لو قال أنت طالق لرمضان ، فلا تطلق حتى يدخل رمضان ، فإن قال قائل فقد تكون في مسألة القدوم المنع كمسألة الدخول .

فالجواب نعم في حالة ولكن في مسألة الدخول لا يوجد عن المنع ، فظهر ما تقدم . والله أعلم .

قال الشيخ ولي الدين : قد لا يقصد في مسألة الدخول كقولـه المنع إن دخـل السلطان قصره فهي طالق ، فهذا مجرد تعليق فلا فرق .

متنافيان[1] فسقطا ، وكذا لو قال : طلقة سنية بدعية .

فرع : قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة : أنت طالق طلاقاً سنياً ، أو في حال السنة أنت طالق طلاقاً بدعياً ، ونوى الوقوع في الحال ، قال المتولي : لا يقع في الحال : لأن النية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ ، لا فيما يخالف صريحاً ، وإذا تنافيا ، لغت النية ، وعمل باللفظ لأنه أقوى .

ولو قال : أنت طالق الآن سنياً وهو في زمن بدعة ، طلقت في الحال عملاً بالإشارة إلى الوقت ، ويلغو اللفظ .

المسألة الثالثة : قال لذات الأقراء : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة ، فإن لم ينو شيئاً ، فالصحيح المنصوص ، أنه يقع في الحال طلقتان ، فإذا صارت في الحالة الأخرى ، وقعت الثالثة ، لأن التبعيض يقتضي التشطير ، ثم يسري كما لو قال : هذه الدار بعضها لزيد وبعضها لعمرو ، يحمل على التشطير إذا لم تكن بينة . وقيل : تقع في الحال طلقة ، واختاره المزني ومن قال به لا يكاد يسلم مسألة الاقرار ، ويقول : هو مجمل يرجع إليه فيه . ونقل الحناطي وجهاً ثالثاً أنه يقع في الحال الثلاث . أما إذا قال : أردت إيقاع بعض من كل طلقة في الحال ، فتقع الثلاث في الحال ، وإن قال : أردت في الحال طلقتين أو طلقة ونصفاً ، وقع طلقتان في الحال قطعاً ، وتقع الثالثة في الحالة الأخرى . وإن قال : أردت في الحال

(١) لفظاً ، وكذا لو قال طلقة سنية بدعية .

قال الشيخ البلقيني : قوله فالوصفان متنافيان ليس بمستقيم لأن هذا إنما يصلح في حالة الاثبات بأن يقول أنت طالق طلقة سنية بدعية .

أما هذا فتعليله ما ذكره في الشرح ، وكذا الحكم لو قال أنت طالق طلقة سنية وبدعية لأن الوصفين لا يجتمعان وعندي يتخرج على أن لا يقع الطلاق على ذات السنة والبدعة حتى تصل إلى ملك الحال بأن يستبين حملها أو تصير آيسة وهو نظير ما حكاه الشيخ أبو علي في قوله لغير ذات السنة والبدعة أنت طالق للبدعة .

وقال الشيخ أيضاً : وينبغي أن يأتي قوله لذات السنة والبدعة أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة غداً وأنت طالق طلقة سنية بدعية وجه ابن الوكيل في عدم الوقوع الذي حكاه المصنف في الفرع قبله ، وقد أفتى القاضي الحسين في من قال لزوجته طلقتك طلقة رجعية ، وكانت غير مدخول بها أو كانت ثالثة ، أن الطلاق لا يقع لأنه وصفه بصفة لا توجد في المرأة المذكورة ، فلم يقع ، وما أفتى به القاضي مخالف للصواب وإنما سقناه شاهداً للوجه الذي أثبتناه .

طلقة ، وفي المستقبل طلقتين ، دُيِّن فيه قطعاً ، وتقبل أيضاً في الظاهر على الصحيح المنصوص ، وقال ابن أبي هريرة : لا تقبل .

وفائدة هذا الخلاف ، أنه لو ندم فأراد أن يخالعها حتى تصير إلى الحالة الأخرى وهي بائن ، فتنحل اليمين ، ثم يتزوجها . وقلنا : الخلع طلاق ، فإن قلنا : الواقع في الحال طلقة ، أمكنه ذلك ، وإلا فلا .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهن للسنة واقتصر عليه ، وكانت في حال السنة ، قال ابن الصباغ : تجيء على الصحيح المنصوص ، أنه لا يقع في الحال إلا طلقة ، لأن البعض ليس عبارة عن النصف ، وإنما حملناه في الصورة الأولى على التشطير لإضافته البعضين في الحالين . ولو قال : أنت طالق خمساً ، بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة ، ولم ينو شيئاً ، بني على الخلاف المعروف ، في أن الزيادة الملفوظ بها تُلغى أم تعتبر ؟ إن قلنا بالأول ، وقع في الحال طلقتان ، وفي الثاني ، طلقة تفريعاً على المنصوص ، وإن قلنا بالثاني وهو الأصح ، وقع الثلاث في الحال بالتشطير والتكميل .

ولو قال : أنت طالق طلقتين : طلقة للسنة وطلقة للبدعة ، أو أنت طالق طلقة للسنة وطلقة للبدعة ، وقع في الحال طلقة ، وفي الاستقبال الأخرى . ولو قال : طلقتين للسنة والبدعة ، فهل يقع في الحال طلقة ، وفي الاستقبال أخرى ، أم يقعان في الحال ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . كما لو قال : ثلاثاً للسنة والبدعة ، فإنه يقع الثلاث في الحال .

فرع : قال لمن لا سنة لها ولا بدعة : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة ، أو طلقة للسنة ، وطلقة للبدعة ، وقع الجميع في الحال .

المسألة الرابعة : إذا وصف الطلاق بصفة مدح ، كقوله : أنت طالق أجمل الطلاق أو أفضله ، أو أحسنه ، أو أعدله ، أو أكمله ، أو أتمه ، أو أجوده ، أو خير الطلاق ، أو أنت طالق للطاعة ولم ينو شيئاً ، فهو كقوله : طالق للسنة ، فلا يقع إن كان الحال بدعة حتى ينتهي إلى حال السنة . وإن نوى شيئاً نظر إن نوى ما يقتضيه

الاطلاق[1] ، فذاك . وإن قال : أردت طلاق البدعة ، لأنه في حقها أحسن من جهة سوء خلقها ، فإن كانت في حال بدعة ، قبل لأنه غلظ على نفسه[2] وإن كانت في حال سنة ، دُيِّن ولا يقبل ظاهراً ، وقد يجيء خلاف في الظاهر .

وإن وصف الطلاق بصفة ذم كقوله : أقبح الطلاق ، أو أسمجه ، أو أفضحه ، أو أفظعه ، أو أردأه ، أو أفحشه ، أو أنتنه ، أو شر الطلاق ونحو ذلك ، فهو كقوله : للبدعة ، فلا[3] يقع إن كانت في حال سنة حتى ينتهي إلى البدعة . وإن قال : أردت قبحه لحسن عشرتها ، أو أردت أن أقبح أحوالها أن تبين مني ، وقع في الحال ، لأنه غلظ على نفسه . وإن قال : أردت أن طلاق مثل هذه السنة أقبح ، فقصدت الطلاق في حال السنة دُيِّن ، ولم يقبل ظاهراً . ولو قال : أنت طالق للجرح ، أو طلاق الجرح ، فهو كقوله للبدعة . ولو خاطب بهذه الألفاظ من لا سنة لها ولا بدعة ، فهو كما لو قال لها : للسنة أو للبدعة ، كما سبق . ولو جمع صفتي الذم والمدح ، فقال : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة أو جميلة فاحشة ، أو سنية بدعية ، أو للجرح والعدل ، والمخاطبة ذات أقراء ، وقعت في الحال . قال السرخسي في « الأمالي » : فإن فسر كل صفة بمعنى ، فقال : أردت كونها حسنة من حيث الوقت ،

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : الطلاق .

(٢) قال الشيخ البلقيني : جزم بالقبول هنا وقد ذكر قبل هذا فيمن قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة أنت طالق طلاقاً سنياً ونوى الوقوع في الحال عن المتولي أنه لا يقع في الحال لأن النية إنما تعمل فيما يحتمل اللفظ لا فيما يخالفه صريحاً ، وإذا تنافيا لغت النية وعمل باللفظ لأنه أقوى فيمكن أن يأتي مثله ذلك هنا ويحتمل الفرق من جهة صراحة السنة وظهور الصفات المذكورة واحتمال تأويله فتقع في الحال وتظهر مسألة المتولي بما لو اشترى بعين مال الموكل وقال نويت أنه لي فإنه لا يسمع منه . انتهى .
وقال في الخادم : لم يظهر لي فرق بينهما من حيث المعنى ، وهذا الذي قاله المتولي تبع فيه شيخه القاضي الحسين وعلله بأنه نوى ما لا لفظ له ، لكن كلام الشافعي رضي الله عنه في الأم مخالفة حيث قال : وإذا قال لامرأته التي تحيض وقد دخل بها : أنت طالق السنة سألته ، فإن قال أردت أن يقع الطلاق عليها السنة أو لم يكن له فيه نية ، فذكر حكمه وإن قال أردت أن يقع حين تكلمت به وقع حائضاً كان أو طاهراً بإرادته .
قال الشافعي : إذا قال أحسن الطلاق أو أجمله ونحو ذلك سألته عن نيته ، فإن قال لم أنو شيئاً ، وقع الطلاق للسنة ، وكذا لو قال ما نويت إيقاعه في وقت أعرفه ، وكذلك لو قال : لا أعرف حسن الطلاق ولا قبيحه ، إلى آخر النص ثم أطال في ذلك .

(٣) في هامش « ط » في الأصل : ولا يقع .

وقبيحة من حيث العدد حتى تقع الثلاث أو بالعكس ، قبل منه . وإن تأخر الوقوع ، لأن ضرر وقوع العدد أكثر من فائدة تأخير الوقوع .

المسألة الخامسة : قال : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة ، أو أنت طالق في كل قرء طلقة ، فلها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تكون حائلاً من ذوات الأقراء ، وهي إما غير ممسوسة ، وإما ممسوسة ، فإن كانت غير ممسوسة ، نظر إن كانت حائضاً ، لم تطلق على الصحيح . وقال الشيخ أبو حامد : تقع طلقة في الحال ، لأنها مخاطبة بالعدة ، فحيضها كطهرها ، وإن كانت طاهراً طلقت في الحال واحدة وبانت ، فلا تلحقها الثانية والثالثة فإن جدد نكاحها قبل الطهر الثاني ، ففي وقوع الثانية والثالثة قولا عود اليمين والحنث . وإن جدد النكاح بعد الطهرين ، لم يقع شيء لانحلال اليمين ، وإن كانت ممسوسة ، وقع في كل قرء طلقة ، سواء جامعها فيه أم لا ، وتكون الطلقة سنية إن لم يجامعها فيه ، وبدعية إن جامعها ، وتشرع في العدة بالطلقة الأولى . وهل يجب استئناف العدة للثانية[1] والثالثة ؟ قولان مذكوران في العدة أظهرهما الوجوب .

الحال الثاني : أن تكون حاملاً فإن كانت لا ترى الدم ، وقعت في الحال طلقة . قال المتولي : فلو لم تحض قطُّ وبلغت بالحمل مثلاً ، ففي وقوع الطلاق عليها وجهان ، أو قولان بناء على أن القرء هو الطهر بين دمين ، أو الانتقال من نقاء إلى دم ، إن قلنا بالأول ، لم تطلق حتى تضع وتطهر من نفاسها ، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر ، وقع[2] وإذا وقعت الطلقة ، فإن راجعها قبل الوضع ، وقعت أخرى إذا

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : الثانية .

(٢) قال في المهمات : عبارة الرافعي وإن قلنا بالثاني وقع وهو الظاهر فعبر بالروضة بما حكيته فتعين تغييره أن الترجيح بما بدأ تفسير القرء بأنه الانتقال من نقاء إلى دم وهو مخالف لتصحيحه في أوائل العدد أنه الطهر المحبوس بدمين . انتهى ما أردته منه .

وقال في الخادم عن عبارة الرافعي ان قلنا بالأول ، لم تطلق حتى تضع وتطهر من نفاسها ، وإن قلنا بالثاني وقع لأنه طهر ينتقل إلى دم نفاس وهو أظهر فتوهم في الروضة أنه قول الرافعي وهو أظهر أي الانتقال فقال : ففي الوقوع وجهان ، وساق عبارة الروضة ثم قال : وهذا غلط مخالف لما رجحه هو والرافعي في كتاب العدد أن القرء الطهر هو المحتوش بدمين وإنما مراد الرافعي بقوله وهذا أظهر أي الوقوع . انتهى ما أردته منه .

طهرت من النفاس ، وعليها استئناف العدة سواء وطئها بعد الرجعة أم لا ، بلا خلاف . وإن لم يراجعها ، انقضت عدتها بالوضع فإن[١] جدد نكاحها قبل تمام الأقراء ، عاد قولا عود الحنث . وإن كانت ترى الدم على الحمل ، فإن قلنا : إنه ليس بحيض ، فهو كما لو لم تره ، فتطلق في الحال . وحكى الحناطي وجهاً ، أنها لا تطلق . إن وافق قوله وقت الدم حتى تطهر ، وإن جعلناه حيضاً ووافق قوله النقاء ، طلقت في الحال طلقة ، وإن وافق الدم ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول الشيخ أبي حامد ، وصححه العراقيون : تطلق أيضاً ، لأن مدة الحمل كالقرء الواحد . والثاني وهو الأصح وبه قطع القاضي أبو الطيب والحناطي ، ورجحه المتولي وغيره : لا تطلق حتى تطهر . وإذا وقعت طلقة في الحيض أو الطهر ، فهل يتكرر في الطهر الثاني والثالث ؟ وجهان . أصحهما : لا ، [قطع به][٢] بعضهم ، لأن القرء ما دل على البراءة .

الحال الثالث : أن تكون صغيرة ، فيبنى على أن القرء طهر يحتوشه دمان ، أم هو الانتقال من نقاء إلى حيض ؟ إن قلنا بالأول ، لم تطلق حتى تحيض وتطهر ، ولا يؤمر الزوج باجتنابها في الحال وإن قلنا بالثاني ، فالذي أطلقه العراقيون والبغوي وغيرهم ، أنه يقع في الحال طلقة . وقال المتولي والسرخسي : يؤمر باجتنابها ، لأن الظاهر أنها ترى الدم ، فإن رأته ، تبينا وقوع الطلاق يوم اللفظ ، وإن ماتت قبل رؤية الدم ، ماتت على النكاح فعلى الأول ، لو لم تحض ولم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر ، حصلت البينونة ، فإن نكحها بعد ذلك ، ورأت الدم ، عاد الخلاف في عود الحنث ، وإن رأت الدم قبل مضي ثلاثة أشهر ، تكرر الطلاق بتكرر الأطهار . وعن صاحب « التقريب » وجه غريب ، أن الأقراء في الصغيرة تحمل على الأشهر ، والآيسة التي انقطع حيضها كالصغيرة ، ففي وقوع الطلاق عليها ، الخلاف . قال السرخسي : إن قلنا : القرء : هو الانتقال ، وقع في الحال وإلا ، فلا ، فإن حاضت بعد ، تبينا الوقوع ، والأصح عند الأصحاب ، الوقوع في الصغيرة والآيسة .

فرع : قال : أنت طالق في كل قرء طلقة للسنة ، فهو كما لو لم يقل للسنة في أكثر

---

(١) في « ط » : وإن .

(٢) وفي « ط » : وبه قطع .

الأحكام والأحوال ، لكن ذات الأقراء إذا كانت طاهراً ، أو كان جامعها في ذلك الطهر ، يتأخر وقوع الطلاق إلى أن تحيض ثم تطهر .

فرع : قال : أنت طالق في كل طهر طلقة وكانت حاملاً لا ترى دماً ، أو تراه ولم تجعله حيضاً ، وقع في الحال طلقة ، سواء كانت ترى الذي في ذلك الحال أم لا ، ولا يتكرر بتكرر الانقطاعات ، وإن كانت ترى الدم وجعلناه حيضاً ، فإن كانت في حال رؤية الدم ، لم تطلق حتى تطهر ، وإلا وقع في الحال وتكرر بتكرر الأطهار .

المسألة السادسة : قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة ، ثم قال : نويت تفريقها على الأقراء ، لم يقبل في الظاهر قال المتولي : إلا أن يكون ممن يعتقد تحريم جمع الثلاث في قرء ، فيقبل في الظاهر . وحكى الحناطي وجهاً في القبول مطلقاً ، والصحيح المنصوص ، هو الأول . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ولم يقل للسنة ، ثم فسر بالتفريق على الأقراء ، لم يقبل ظاهراً . وهل يُدين في الصورتين ؟ وجهان ، الصحيح المنصوص ، نعم[1] . ومعنى التديين مع نفي القبول ظاهراً ، أن يقال للمرأة : أنت بائن منه بثلاث في ظاهر الحكم ، وليس له تمكينه إلا إذا غلب على ظنك صدقه بقرينة ، ويقال للزوج : لا نمكنك من تتبعها ، ولك أن تتبعها ، والطلب فيما بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقاً ، وتحل لك إذا راجعتها . وعلى هذا القياس حكم القبول ظاهراً وباطناً ، فيما إذا قال لصغيرة : أنت طالق للسنة ، ثم قال : أردت إذا حاضت وطهرت ، وفيما إذا قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت إن دخلت الدار ، أو إذا جاء رأس الشهر . وألحق القفال والغزالي بهذه الصورة ما إذا قال : أنت طالق ثم قال : أردت إن شاء الله تعالى .

---

(١) قال في المهمات : جزم في المحرر والمنهاج بالقبول ظاهراً في الصورتين .

قال في الخادم بعد نقله كلام المهمات وهو عجيب لأن ما في الشرح والروضة يستدرك به على المختصرات لا العكس ، وكان ينبغي أن ينبه على أن ما في المنهاج في الثانية لا أصل له في النقل ، والحاصل أن على المنهاج اعتراضين :

أحدهما : الجزم بالمنقول عن المتولي في الاستثناء والذي اقتضاه كلام الشرحين والروضة أنه وجه غريب .

والثاني : جعله قيداً في المسألتين والذي فيها عن المتولي أنه قيد في الأولى كذا هو الموجود في التتمة . انتهى ما أردته منه .

قال[١] وكذلك كلما أحوج إلى تقييد الملفوظ به بقيد زائد . والصحيح الموجود في كتب الأصحاب ، أنه لا يُديَّن في قوله : أردت إن شاء الله تعالى ، ويُدَيَّن في قوله : أردت عن وثاق ، أو إن دخلت الدار أو إن شاء زيد . وفرقوا بين قوله : أردت إن شاء الله تعالى ، وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة ، فلا بد فيه من اللفظ ، والتعليق بالدخول ، ومشيئة زيد ، لا يرفعه ، لكن يخصصه بحال دون حال . وقوله : من وثاق ، تأويل وصرف للفظ من معنى إلى معنى ، فكفت فيه النية ، وإن كانت ضعيفة ، وشبهوه بالنسخ ، لما كان رفعاً للحكم ، لم يجز إلا باللفظ ، والتخصيص يجوز بالقياس .

وأما إذا أتى بلفظ عام ، وقال : أردت بعض الأفراد الداخلة تحته ، ففيه تفصيل ، فإن قال : كل امرأة لي ، فهي طالق ، وعزل بعضهن بالنية ، لم يقبل ظاهراً عند الأكثرين ، وقال ابن الوكيل وغيره : يقبل ظاهراً سواء كانت قرينة تصدقه ـ بأن خاصمته ، وقالت : تزوجت عليّ ، فقال : كل امرأة لي طالق ، ثم قال : أردت غير المخاصمة ـ أم لم تكن قرينة . والأصح عند القفال والمعتبرين ، أنه لا يقبل ظاهراً بغير قرينة ويقبل بها ، واختاره الروياني ، وعن القاضي حسين ، أنه إن قال : كل امرأة لي طالق ، ثم عزل بعضهن بالنية ، لا يقبل ، وإن قال : نسائي طوالق ، وقال : عزلت واحدة ، قبل . وعلى هذا ، لو عزل اثنتين ، ففي القبول وجهان ، ويجري الخلاف في القبول ظاهراً فيما لو قال : إن أكلت خبزاً أو تمراً ، فأنت طالق، ثم فسر بنوع خاص، وطردهما الغزالي وغيره فيما إذا كان يحل وثاقاً عنها، فقال : أنت طالق ، ثم قال : أردت الاطلاق عن الوثاق ، وقال : الأصح القبول .

ولو قال : إن كلمت زيداً ، فأنت طالق ، ثم قال : أردت التكليم شهراً ، فيقبل . كذا حكي عن نص الشافعي رحمه الله ، والمراد على ما نقل الغزالي ، القبول باطناً فلا تطلق إذا كلم بعد شهر[٢] .

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) قال في المهمات ما حكاه عن الغزالي جزم به في الشرح الصغير وجزم به في نظيره من الكبير في صور :

منها : قوله في الايلاء ولو قال والله لا أجامعك ، ثم قال : أردت شهراً دين ولم يقبل ظاهراً .

ومنها : في أواخر الأيمان حلف لا يدخل الدار ثم قال : أردت شهراً أو يوماً ، فإن كانت اليمين بطلاق =

فرع في ضبط ما يُدَّين فيه ، وما يقبل ظاهراً : قال القاضي حسين : لما يدعيه الشخص من النية مع ما أطلقه من اللفظ ، أربعُ مراتب .

إحداها : أن يرفع ما صرح به ، بأن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت طلاقاً لا يقع عليك ، أو لم أرد إيقاع الطلاق ، فلا تؤثر دعواه ظاهراً ، ولا يدين باطناً .

الثانية : أن يكون ما يدعيه مقيداً لما تلفظ به مطلقاً ، بأن قال : أنت طالق ثم قال : أردت عند دخول الدار ، فلا يقبل ظاهراً ، وفي التديين الخلاف .

الثالثة : أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم ، فيدين ، وفي القبول ، ظاهر الخلاف .

الرابعة : أن يكون اللفظ محتملاً للطلاق من غير شيوع وظهور ، وفي هذه المرتبة تقع الكنايات ويعمل فيها[1] بالنية .

وضبط الأصحاب بضبط آخر ، فقالوا : ينظر في التفسير بخلاف ظاهر اللفظ ، إن كان لو وصل باللفظ ، لا ينظم ، لم يقبل ولم يدين ، وإلا فلا يقبل ظاهراً ويدين .

مثال الأول ، قال : أردت طلاقاً لا يقع .

مثال الثاني : أردت طلاقاً عن وثاق ، أو إن دخلت الدار ، واستثنوا من هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى ، فقالوا : لا يدين فيه على المذهب .

فرع : قال : أنت طالق ثلاثاً ثم قال : أردت إلا واحدة ، أوقال : أربعكنّ طوالق ، ثم قال : نويت بقلبي إلا فلانة ، لم يدين على الأصح ، لأنه نص في العدد . ولو

= أو عتق ، لم يقبل في الحكم ودين ويلحق بهما الايلاء لتعلقه بحق آدمي وإن كانت اليمين بالله تعالى ولم يتعلق بحق آدمي قبل ظاهراً أو باطناً .

ومنها : في الموضع المذكور حلف لا يدخل دار زيد ، ثم قال : أردت ما يسكنه دون ما يملكه فيقبل في اليمين بالله تعالى ولا يقبل في الحكم إذا حلف بالطلاق والعتاق . ذكره ابن الصباغ وغيره ويؤيده أيضاً ما نقله في أواخر الشرط في الطلاق عن البغوي أنه إذا قصد ضرب غيرها فوقع الضرب عليها ، طلقت في صورة ما لو حلف لا يضربها ، ولا يقبل قوله ، لأن الضرب مؤثر والنووي موافق في هذه الصور كلها إلا في المنقولة عن المبتدأ للروياني فإنه يعقبه فيها فقال الصواب قبوله كما سبق في نظائره من الطلاق في أركان الطلاق .

(١) في هامش « ط » في الأصل : ويعمل ما فيها

قال : فلانة وفلانة وفلانة طوالق ، ثم قال : استثنيت بقلبي فلانة ، لم يدين قطعاً لأنه رفع لما نص عليه ، لا تخصيص عموم ، ذكره القاضي أبو الطيب .

المسألة السابعة : قال لممسوسة : كلما ولدت فأنت طالق للسنة ، فولدت ولداً وبقي آخر في بطنها ، وقع بولادة الأول طلقة ، لأن الأصل في هذا أن الموصوف بالسنة والبدعة إذا علق بأمر اعتبرت الصفة عند ذلك الأمر ، فإن وجدت ، وقع وإلا فلا حتى يوجد كما سبق في قوله : أنت طالق للسنة إذا قدم زيد أنه إن قدم في حال سنة طلقت ، وإلا فلا تطلق حتى يجيء حال السنة ، وكأنه يخاطبها عند وجود المعلق عليه بقوله : أنت طالق للسنة ، وإذا كان كذلك ، فكأنه عند ولادة أحد الولدين ، قال : أنت طالق للسنة وهي في هذه الحال حامل بآخر . ولو قال لحامل : أنت طالق للسنة ، وقع في الحال ، ثم إذا ولدت الثاني انقضت عدتها . وهل يقع طلقة أخرى ، لأنه يقارن انقضاء العدة ؟ فيه خلاف يأتي في نظائره إن شاء الله تعالى ، الأصح : المنع . ولو ولدت ولداً ولم يكن في بطنها آخر ، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس ، ولو ولدت ولدين معاً ولم يكن في بطنها آخر ، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس طلقتين لأنها ولدت ولدين ، و« كلما » تقتضي التكرار . ولو قال : كلما ولدت ولدين ، فأنت طالق ، فولدت ولدين معاً أو متعاقبين وفي بطنها ثالث ، طلقت . ولو ولدت ولداً فطلقها ، ثم ولدت آخر ، فإن كان رجعياً وقعت أخرى بولادة الثاني ، راجعها أم لا هكذا ذكروه . ويشبه أن يقال : إن راجعها فكذلك الحكم ، وإلا فهذا طلاق يقارن انقضاء العدة ، وإن كان الطلاق بائناً فنكحها ، ثم ولدت آخر ، ففي وقوع أخرى قولا عود الحنث .

المسألة الثامنة : نكح حاملاً من الزنى ، وقال : أنت طالق للسنة ، فإن كان دخل بها ، لم تطلق حتى تضع ، وتطهر من النفاس ، لأن الحمل كالعدم وإلا طلقت في الحال كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق للسنة، هذا إذا كانت لا ترى دماً أو تراه ولم نجعله حيضاً ، فإن رأته وجعلناه حيضاً ، فإن كان قال لها ذلك في حال رؤية الدم ، لم تطلق حتى تطهر كالحامل إذا قال لها : أنت طالق للسنة وهي حائض بخلاف الحامل من الزوج حيث يقع طلاقها في الحال ، وإن كانت ترى الدم ، وجعلناه حيضاً على الصحيح ، لأن الحامل من الزوج لا سنة ولا بدعة في طلاقها ،

وهذه كالحامل إذ لا حرمة لحملها .

المسألة التاسعة : قال : أنت طالق للسنة أو للبدعة لا تطلق حتى تنتقل من الحال التي هي فيها إلى الحالة الأخرى ، لأن اليقين حينئذ يحصل كما لو قال : أنت طالق اليوم أو غداً لا تطلق حتى يجيء الغد .

المسألة العاشرة : قال : أنت طالق طلقة حسنة في دخول الدار أو طلقة سنية قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب أن تطلق إن دخلت الدار طلقة سنية حتى لو كانت حائضاً لم تطلق ما لم تطهر . ولو كانت طاهراً لم يجامعها في ذلك الطهر ، طلقت في الحال ، وإن كان جامعها فيه ، لم تطلق حتى تحيض وتطهر .

المسألة الحادية عشرة : قال لها وهي طاهر : أنت طالق للسنة ، ثم اختلفا فقال : جامعتك في هذا الطهر ، فلم يقع طلاق في الحال ، وقالت : لم تجامعني وقد وقع ، قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب ، أن القول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح ، وكما لو قال المؤلي والعنين : وطئت .

فرع : قال : أنت طالق كالثلج ، أو كالنار ، طلقت في الحال ، ولغا التشبيه ، وقال أبو حنيفة : إن قصد التشبيه بالثلج في البياض ، والنار بالاضاءة ، طلقت سنياً ، وإن قصد التشبيه بالثلج في البرودة ، وبالنار في الحرارة والاحراق ، طلقت في زمن البدعة وبالله التوفيق .

الباب الثاني في أركان الطلاق

هي خمسة .

الأول[1] : المطلق وشرطه التكليف[2] ، فلا يقع طلاق صبي ولا مجنون ، لا تنجيزاً ولا تعليقاً . فلو قال مراهق : إذا بلغت ، فأنت طالق فبلغ ، أو قال مجنون : إذا أفقت ، فأنت طالق ثم أفاق ، أو قالا : أنت طالق غداً فبلغ وأفاق قبل الغد فلا طلاق .

قلت : هكذا اقتصر الغزالي وغيره في شرط المطلق على كونه مكلفاً ، وقد يورد

(١) في « ط » الركن الأول .

(٢) أي أن يكون مكلفاً فيصح من السفيه والمريض .

عليه السكران ، فإنه يقع طلاقه على المذهب ، وليس مكلفاً كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، ولكن مراد أهل الأصول ، أنه غير مخاطب حال السكر ، ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد(١) . والله أعلم .

الركن الثاني : اللفظ وفيه ثلاثة أطراف : أحدها في اللفظ الذي يقع به الطلاق ، والثاني ، في الأفعال القائمة مقامه . والثالث في تفويض الطلاق إلى الزوجة وأحكام تفويضه . أما الأول ، فاللفظ صريح ، وهو ما لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية ، وكناية وهو ما توقف على نية(٢) ، أما الصريح ، فلفظ الطلاق والسراح

---

(١) تقدم في البيع التنبيه على ذلك وأن الشافعي نص على أنه مكلف .
قال في المهمات : والاعتذار الذي ذكره أخراً عجيب لا ارتباط له بالسؤال وكأنه انتقل ذهنه من قول الفقهاء يقع طلاقه إلى كونه مكلفاً فشرع يجمع بينه وبين قول الأصوليين أنه ليس مكلفاً .
وقال الشيخ ولي الدين العراقي حمل كلام الفقهاء في أنه مكلف على قضاء العبادات بأمر جديد لا يحصل به الغرض من وقوع طلاقه ، فإن وقع طلاقه إن دل على التكليف فهو واقع في حال قيام السكر ، وقد حمل التكليف على القضاء بعد الافاقة والله أعلم . انتهى .

(٢) قال في الخادم : هذا حكم الصريح لا حقيقته ، والأولى أن يعرف بالذي لا يحتمل إلا معنى واحداً لأن الرافعي قال في تفسير الكتابة وهي مقابلة له أنها ما احتمل معنيين فصاعداً هي في أحدهما أظهر وفيه نظر لأن هذا ينطبق على النص ، وقيل الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً بحيث أنه يسبق إلى فهم السامع المراد به ، ثم قال قد استشكل هذا التفسير بقولهم بعده أنه لا بد من قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ليخرج به النائم ومن سبق لسانه إلى آخر ما ذكره وهذا السؤال ذكره في المهمات فقال في الركن الثالث : القصد إلى الطلاق يشترط أن يكون قاصداً بحروف الطلاق لمعنى الطلاق ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه ، فإن قيل كيف يجتمع هذا مع قولهم ان الصريح لا يحتاج إلى نية بخلاف الكتابة ، قلنا : جمع بينهما بعض فضلاء العصريين بأن الصريح يشترط فيه قصد اللفظ والمعنى ، والكتابة يشترط أيضاً أن يكون الايقاع بذلك اللفظ ويؤيد هذا الجمع ما نقله عن إسماعيل البوشنجي أنه إنما يقع الطلاق بقوله أنت عليّ حرام ، إذا نوى حقيقة الطلاق . وقصد إيقاعه بهذا اللفظ وقد تقدم أنه لا بد أيضاً من العلم بمدلول اللفظ ، ومقتضاه أنه لا يكفي قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق . انتهى .
قال في الخادم : عدم اشتراط النية في الصريح مخصوص بغير الوكيل وبغير المكره ، أما الوكيل في الطلاق فهل يشترط نية إيقاعه الطلاق عن موكله ؟ له وجهان غير مرجحين ، وينبغي أن يكونا فيما إذا كان للموكل زوجة وترجح الاشتراط لتردده بين زوجتين ، فلا بد من مميز ، أما إذا لم يكن له غيرها ففي اشتراط النية نظر لتعين المحل القابل للطلاق من أهله ، وأما المكره على الطلاق إذا قصد الايقاع وقع على الأصح . فقد صارت نيته شرطاً في عمل الصريح .
قال الرافعي هناك ان صريح لفظ الطلاق عند الاكراه كالكتابة عند الطواعية إن نوى وقع وإلا فلا .

والفراق وحكى أبو الحسن العبادي ، أن أبا عبد الرحمن القزاز نقل قولاً قديماً أن السراح والفراق كنايتان ، والمشهور الأول ، فقوله : أنت طالق ، أو مطلقة ، أو يا طالق أو يا مطلقة ، صريح . وقيل : يا مطلقة وأنت مطلقة كناية ، والصحيح الأول . وأما المشتق من الاطلاق كقوله : أنت مطلقة بإسكان الطاء أو يا مطلقة ، فليس بصريح على الصحيح لعدم اشتهاره ، وإن كان الاطلاق والتطليق متقاربين .

وفي قوله : أنت طلاق ، أو الطلاق ، أو طلقة وجهان : أصحهما أنه كناية . ولو قال : أنت نصف طلقة ، فكناية . قال البغوي : ولو قال : أنت كل طلقة أو نصف طالق ، فصريح ، كقوله : نصفك طالق[(١)] .

ونقل العبادي خلافاً في قوله : أنت نصف طلقة ، ويجوز أن يجيء هذا الخلاف في قوله نصف طالق[(٢)] ، ولو قال : أنت والطلاق أو أنت وطلقة ، فكناية ، أي : قرنت بينك وبينها . وإذا قلنا بالمشهور في لفظي السراح والفراق ، فقوله : فارقتك وسرحتك صريحان ، وفي الاسم منهما وهو مفارقة ومسرحة وجهان ، سواء الوصف ، كقوله أنت مسرحة أو مفارقة ، والنداء كقوله : يا مسرحة أو يا مفارقة ، أصحهما صريحان أيضاً ، وقوله : أنت السراح ، أو أنت الفراق على الوجهين في : أنت الطلاق .

= وقال في الخادم أيضاً بعد ذلك قال في البحر نقلاً عن ابن القاص : كل كتابة ينوي فيها إلا واحدة وهي إذا قال أطلقت امرأتك أو امرأتك طالق ، فقال نعم ، وقع الطلاق في الحكم ولا يعتبر نية وفي قول تعتبر ، وقال المزني في المنثور : يلزمه في الحكم ، وهذا مما استخير الله تعالى فيه ، والصحيح أن لا ينوي فيه في الحكم لأن جواب الصريح صريح ويكون تقديره نعم طلقت امرأتي ، ولهذا لو قال لفلان : عليك ألف ، فقال نعم ، كان إقراراً ، فالطلاق أولى بذلك .

(١) قال في القوت : الذي في التهذيب وتعليقه والشرح عنه لك طلقة بتقديم اللام ، فما في الروضة سبق قلم إلى تقديم الكاف ولا ذكر لقوله : أنت كل طلقة في كلامهم وينقدح جريان الوجهين فيها ويكون كناية على الأصح عندهما ، فإن قيل صريح فتكون واحدة أو ثلاثاً ، فيه نظر . انتهى واحدة منه في الخادم ولم يعزه له ونبه في المهمات على أن الذي في الروضة مخالف لكلام الرافعي ولما قدمه قريباً من قوله : أنت طلقة ، وقوله : أنت نصف طلقة كتابة ولا فرق بين الصور الثلاث .

(٢) قال الشيخ البلقيني : هذا ليس بمسلم ، فإن قوله أنت نصف طالق كقوله : أنت طالق ، وهو صريح قطعاً ، وقوله : أنت نصف طلقة كقوله : أنت طلقة ، وفيه خلاف أنت الطلاق ، وأنت طلاق لأنه إخبار بالمصادر عن الحدث ، فجرى الخلاف فيه بخلاف أنت طالق . انتهى وأخذه في الخادم ولم يعزه لشيخه .

فرع : قال : أردت بقولي : طالق ، إطلاقها من الوثاق ، وبالفراق المفارقة في المنزل ، وبالسراح إلى منزل أهلها ، أو قال : أردت خطاب غيرها فسبق لساني إليها ، دُيِّنَ ولم يقبل ظاهراً ، فلو صرح ، فقال : أنت طالق من وثاق ، أو سرحتك إلى موضع كذا ، أو فارقتك في المنزل ، خرج عن كونه صريحاً وصار كناية . قال المتولي : وهذا في ظاهر الحكم ، وأما بينه وبين الله تعالى ، فإنما لا يقع الطلاق إذا كان على عزم أن يأتي بهذه الزيادة من أول كلامه ، فأما إذا قال : أنت طالق ، ثم بدا له فوصل به هذه الزيادة ، فالطلاق واقع في الباطن . ولو لم يكن عازماً على هذه الزيادة أولاً ثم نواها في أثناء الكلام ، فوجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى في الاستثناء وغيره ، وكذلك التديين إذا لم يتلفظ بالزيادة ، وقال : نويتها ، إنما يدين إذا كان ناوياً من أول الكلام ، فإن حدثت بعد الفراغ من الكلام ، فلا ، وإن حدثت في أثنائه ، فعلى الوجهين .

فرع : قوله : أوقعت عليك طلاقي ، صريح ذكره الروياني . ولو قال : لك طلقة ، أو وضعت عليك طلقة ، فوجهان .

فرع : ذكر الأصحاب أن صرائح[1] الطلاق ثلاثة : الطلاق ، والسراح ، والفراق ، وأهملوا ذكر شيئين هنا أحدهما : لفظ الخلع ، وفي كونه صريحاً في الطلاق خلاف سبق[2] والثاني : قوله الحلال علي حرام ، وفي كونه صريحاً خلاف نذكره إن شاء الله تعالى قريباً .

فرع : ترجمة لفظ الطلاق بالعجمية وسائر اللغات ، صريح على المذهب لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات ، كشهرة العربية عند أهلها[3] ، وقيل : وجهان . ثانيهما : أنها كناية[4] ، وترجمة السراح والفراق فيها الخلاف ، لكن

---

(١) في « ط » : صريح .

(٢) قال في الخادم : ما أورد على الحصر مردود ، أما الخلع فإن مأخذ صراحته ذكر المال ولو خلا عنه فليس بصريح على المذهب والمعقود له الباب ، إنما هو الطلاق الخالي عن العوض . انتهى ما أردته منه .

(٣) ويفرّق بينها وبين عدم صراحة نحو حلال الله عليّ حرام بأنها موضوعة للطلاق بخصوصه بخلاف ذلك وإن اشتهر فيه .

(٤) اقتصاراً في الصريح على العربي لوروده في القرآن وتكرّره على لسان حملة الشرع .

الأصح هنا أنها كناية[١] قاله الإمام والروياني ، لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال .

فرع : إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة ، كحلال الله علي حرام ، أو أنت علي حرام ، أو الحلال أو الحل علي حرام ، ففي التحاقه بالصريح أوجه ، أصحها : نعم لحصول التفاهم ، وغلبة الاستعمال ، وبهذا قطع البغوي ، وعليه تنطبق فتاوى القفال ، والقاضي حسين والمتأخرين . والثاني : لا ، ورجحه المتولي . والثالث ، حكاه الإمام عن القفال : أنه إن نوى شيئاً آخر من طعام أو غيره ، فلا طلاق . وإذا ادعاه ، صدق ، وإن لم ينو شيئاً ، فإن كان فقيهاً يعلم أن الكناية لا تعمل إلا بالنية ، لم يقع ، وإن كان عامياً سألناه عما يفهم إذا سمعه من غيره ، فإن قال : يسبق إلى فهمي منه الطلاق ، حمل على ما يفهم ، والذي حكاه المتولي عن القفال ، أنه إن نوى غير الزوجة ، فذاك ، وإلا فيقع الطلاق للعرف .

قلت : الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون ، أنه كناية مطلقاً . والله أعلم .

وأما البلاد التي لا يشتهر فيها هذا اللفظ للطلاق ، فهو كناية في حق أهلها بلا خلاف . وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو كان له امرأتان ، فقال : حلال الله علي حرام إن دخلت الدار فدخل ، تطلق كل واحدة منهما طلقة ، ويوافقه ما ذكره البغوي في « الفتاوى » أنه لو قال : حلال الله عليّ حرام وله أربع نسوة ، طلقن كلهن إلا أن يريد بعضهن ، لكن ذكر بعده أنه لو قال : إن فعلت كذا ، فحلال الله علي حرام وله امرأتان ففعل ، طلقت إحداهما ، لأنه اليقين ، ويؤمر بالتعيين قال : ويحتمل غيره فحصل تردد .

قلت : الظاهر المختار الجاري على القواعد ، أنه إذا لم ينوهما ، لا تطلق إلا إحداهما ، أو إحداهن ، لأن الاسم يصدق عليه ، فلا يلزمه زيادة ، وقد صرح بهذا جماعة من المتأخرين ، وهذا إذا نوى بـ : حلال الله علي حرام الطلاق ، وجعلناه صريحاً فيه[٢] . والله أعلم .

---

(١) وجزم به ابن المقري في روضه للاختلاف في صراحتهما بالعربية فضعفا بالترجمة .

(٢) قال في المهمات : سبقه إلى هذا الترجيح ابن الصلاح في فتاويه ورجحه الشيخ أيضاً في فتاويه .

فصل : وأما الكناية ، فيقع بها الطلاق مع النية بالإجماع[١] ، ولا يقع بلا نية وهي كثيرة ، كقوله : أنت خلية[٢] وبرية[٣] ، وبتة[٤] وبتلة[٥] ، وبائن[٦] وحرام ، وحرة ، وأنت واحدة ، واعتدي واستبرئي رحمك ، والحقي بأهلك[٧] ، وحبلك على غاربك[٨] ، ولا أنده[٩] سربك ، أي : لا أزجر إبلك ، ومعناه : لا أهتم بشأنك ، واغربي واعزبي ، واخرجي واذهبي ، وسافري وتجنبي ، وتجردي وتقنعي ، وتستري ، والزمي الطريق ، وبيني وأبعدي وودّعيني ودعيني ، وبرئت منك ، ولا حاجة لي فيك ، وأنت وشأنك ، وأنت مطلقة ومنطلقة ، وتجرعي وذوقي ، وتزودي وما أشبه ذلك . وفي قوله : اشربي ، وجهان : الأصح المنصوص ، كناية . وقال أبو

= وقال الشيخ البلقيني : وفي العتق لو التزم العتق وله عبيد ، لم يلزم عتق الكل قطعاً ولا يجري هذا الخلاف الذي حكاه المصنف وظهر لي في الفرق بينهما أن العتق لا انحصار له فيما يملكه الشخص حالة الحلف بدليل أنه لو ملك عبداً بعد الحلف ، جاز له أن يعينه للعتق ، وكذا يجوز التزام العتق وأن يملك شيئاً بخلاف الطلاق فإنه محصور فيما يملكه الشخص ، فأمكن القول بوقوع الطلاق على رأي . انتهى .

قال الشيخ ولي الدين العراقي : هذا الذي ذكره الشيخ رحمه الله محله في الالتزام بالنذر وفي الحلف بالله صح ، أما تعليق العتق على صفة فهو كتعليق الطلاق من غير فرق . انتهى .

ومراده تعليق العتق الحلف من عبده أو عبيده أو مما يملكه ، فهذا كتعليق الطلاق بخلاف من لا يملك رقيقاً إذا حلف بالعتق .

(١) عن المطلب أنه لا يقع طلاق السكران بالكناية إذا نوى ونوزع في ذلك لأنه إن تصور منه النية فكيف لا يقع طلاقه .

(٢) أي خالية مني .

(٣) بهمز أي منفصلة .

(٤) بمثناة قبل آخره ، أي مقطوعة الوصلة مأخوذة من البت وهو القطع وتبكيرها جوّزه الفرّاء ، والأصح مذهب سيبويه أنه لا يستعمل إلا معرّفاً باللام .

(٥) أي متروكة النكاح ، ومنه قوله ﷺ : نهى عن التبتل .

(٦) من البَين وهو الفراق ، وبائن هو اللغة الفصحى والقليل بائنة .

(٧) بكسر الهمزة وفتح الحاء ، وقيل بالعكس وجعله المطرزي خطأ ، أي لا في طلقتك سواء كان لها أهل أم لا .

(٨) أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء ، وزمامه على غاربه ، وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى كيف شاء .

(٩) من النده ، وهو الزجر ، أي لا أهتم بشأنك كما قال المصنف رحمه الله لأني طلقتك والسرب بفتح السين وسكون الراء المهملتين .

إسحاق : ليس كناية ، بل هو لغو ، وكلي ، كاشربي كناية على المذهب ، وقيل : ليس كناية قطعاً . وفي قوله : أغناك الله ، وقوله : قومي ، وجهان ، أصحهما : ليس كناية .

وأما الألفاظ التي لا تحمل الطلاق إلا على تقدير متعسفٍ ، فلا أثر لها ، فلا يقع بها طلاق وإن نوى ، وذلك كقوله : بارك الله فيك ، وأحسن الله جزاءك ، وما أحسن وجهك ، وتعالي واقربي واغزلي واسقيني ، وأطعميني وزوديني ، واقعدي وما أشبه ذلك ، وحكي وجه في : اقعدي وأحسن الله جزاءك ، وزوديني ونحوها ، أنها كناية وهو ضعيف .

فرع : قال لزوجته : أنت حرة أو معتقة ، أو أعتقتك ونوى الطلاق ، طلقت . ولو قال لعبده : طلقتك ونوى العتق ، عتق . وللمناسبة والمشاركة بين الملكين يصلح كل واحدة منهما كناية في الآخر ، وكما أن صريح كل واحد منهما كناية في الآخر ، فكناياتها مشتركة مؤثرة في العقدين جميعاً بالنية ، لكن لو قال للعبد : اعتد أو استبرىء رحمك ونوى العتق ، لم ينفذ لاستحالته في حقه ، ولو قال ذلك لأمته ونوى العتق ، أو لزوجته قبل الدخول ونوى الطلاق ، نفذ على الأصح ، والظهار والطلاق ليس أحدهما كناية في الآخر .

ولو قال لأمته : أنت عليّ كظهر أمي ونوى العتق عتقت على الصحيح ، وقيل : لا لأنه لا يزيل الملك ، بخلاف الطلاق .

فصل : قال لزوجته : أنت عليّ حرام ، أو محرمة ، أو حرمتك بأن نوى الطلاق ، نفذ رجعياً ، فإن نوى عدداً وقع ما نوى . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا يكون طلاقاً إذا قلنا : إنه صريح في اقتضاء الكفارة ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى قريباً وهذا وإن كان غريباً ، ففيه وفاء بالقاعدة المعروفة : أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه ، لا ينصرف إلى غيره بالنية ، وإن نوى الظهار ، فهو ظهار . وإن نواهما معاً ، فهل يكون ظهاراً أم طلاقاً أم تخير فما اختاره منهما ثبت ؟ فيه أوجه ، أصحها الثالث ، وبه قال ابن الحداد ، وأكثر الأصحاب ، ولا ينعقد الاثنان معاً قطعاً . ولو نوى أحدهما قبل الآخر ، قال ابن الحداد : إن أراد الظهار ثم أراد الطلاق ، صحا جميعاً ، وإن أراد الطلاق أولاً ، فإذا كان بائناً ، فلا معنى للظهار بعده وإن كان رجعياً

كان الظهار موقوفاً ، فإن راجعها ، فهو صحيح والرجعة عودٌ وإلا فهو لغو[١] ، قال الشيخ أبو علي هذا التفصيل فاسد عندي ، لأن اللفظ الواحد إذا لم يجز أن يراد به التصرفان لم يختلف الحكم بإرادتهما معاً ، أو متعاقبين ، وإن نوى تحريم عينها أو فرجها أو وطئها ، لم تحرم عليه ، ويلزمه كفارة يمين ، كما لو قال ذلك لأمته . وفي وقت وجوب الكفارة وجهان ، أحدهما : لا يجب إلا عند الوطء ، ويكون هذا اللفظ مع نية التحريم ، كاليمين على ترك الوطء ، وعلى هذا الوجه يكون مؤلياً بقوله : أنت عليّ حرام لوجوب الكفارة بالوطء كقوله : والله لا أطؤك . والثاني وهو الصحيح : أن الكفارة تجب في الحال وإن لم يطأ ، وهي ككفارة اليمين وليست كفارة يمين ، لأن اليمين لا تنعقد إلا بأسماء الله تعالى وصفاته فعلى هذا لو قال : أردت الحلف على ترك الوطء لم يقبل على الصحيح لما ذكرناه . وقيل : يقبل وينعقد يميناً ، فعلى هذا هل يصير لفظ التحريم يميناً بالنية في غير الزوجات ، والاماء كالطعام واللباس وغيرهما ، أم يختص بالابضاع ؟ وجهان .

قلت : أصحهما يختص . والله أعلم .

وإن أطلق قوله : أنت عليّ حرام ولم ينو شيئاً ، فقولان أظهرهما : وجوب الكفارة وقوله : أنت عليّ حرام ، صريح في لزوم الكفارة ، والثاني : لا شيء عليه وهذا اللفظ كناية في لزوم الكفارة ، وهذا التفصيل مستمر فيمن قال : أنت عليّ حرام في بلاد لم يشتهر فيها لفظ الحرام في الطلاق ، وفيمن قاله في بلاد اشتهر فيها للطلاق إذا قلنا : إن الشيوع والاشتهار لا يجعله صريحاً ، فأما إذا قلنا : إنه يصير به صريحاً فمقتضى ما في « التهذيب » ، أنه يتعين للطلاق ولا تفصيل ، وقال الإمام : لا يمنع ذلك صرف النية إلى التحريم الموجب للكفارة ، كما أنا وإن جعلناه صريحاً في الكفارة عند الاطلاق يجوز صرفه بالنية إلى الطلاق قال : وإذا أطلق وجعلناه

(١) قال الشيخ البلقيني : قوله كان الظهار موقوفاً ليس بصحيح وإنما هو صحيح ناجز ، وقوله فإن راجعها فهو صحيح ممنوع فالصحة ثابتة قبل الرجعة ، وقوله والرجعة عود ، يقال عليه الآن عندكم كما صح الظهار فلا يكون عائداً على مقتضى ما قلتم حتى يمضي زمان يتأتى فيه صحة الظهار يمكن أن يطلق فيه فلا يطلق وإلا فهو لغو ليس بصحيح بل هو صحيح قبل ذلك ، ومقتضى كلامه الاستواء وهو ممتنع .
قال الشيخ ولي الدين : لم يقل فيما إذا رجعها أنه صح الآن ، ومعنى قوله فهو صحيح أي من الأول ، وهذا ثمرة الوقف .

صريحاً في الكفارة ، بني على أن الصرائح تؤخذ من الشيوع فقط ، أم منه ومن ورود الشرع به ؟ إن قلنا [بالأول حمل على الغالب في الاستعمال وإن قلنا][1] بالثاني فهل يثبت الطلاق لقوته ، أم يتدافعان ؟ فيه رأيان .

فرع : قول الغزالي في «الوسيط»: إن نوى التحريم كان يميناً ، هـذا غلط ، بل الصواب ما اتفق عليه جميع الأصحاب أنه ليس بيمين ، لكن فيه كفارة يمين .

فـرع : قال لأمته : أنت عليّ حرام ، أوحـرمتك ، فـإن نوى العتق عتقت ، وإن نـوى طلاقاً أو ظهاراً ، فهو لغو ، قال ابن الصباغ : وعندي أن نية الظهار كنية التحريم ، وإن نوى تحريم عينها ، لم تحرم ويلزمه كفارة يمين ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً لزمته الكفارة على الأظهر . وقيل : قطعاً . ولو قال ذلك لأمته التي هي اخته ونوى تحريم عينها ، أو لم ينو شيئاً ، لم تلزمه الكفارة ، لأنه صـدق في وصفها ، وإنمـا تجب الكفارة لوصفه الحلال بالحرمة .

ولو كانت الأمة معتدة ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو مزوجة ، أو كانت الزوجة محرمة ، أو معتدة عن شبهة ، ففي وجوب الكفارة وجهان ، لأنها محل لاستباحة في الجملة .

ولو كانت حائضاً أو نفساء أو صائمة ، وجبت على المذهب ، لأنها عوارض . ولو خاطب به الرجعية ، فلا كفارة على المذهب ، ونقل الحناطي فيه خلافاً .

فرع : قال : هذا الثوب ، أو العبد ، أو الطعام حرام عليّ ، فهـو لغو لا يتعلق به كفارة ولا غيرها .

فرع : قال : كل ما أملكه حرام عليّ ولـه زوجات وإمـاء ، ونوى تحـريمهن ، أو أطلق وجعلناه صريحاً ، أو قال لأربع زوجات أنتن عليّ حرام ، فهل تتعدد الكفارة ، أم تكفي كفارة واحدة عن جميع ذلك ؟ فيه خلاف المذهب الاكتفاء في الجميع وقيل : تتعدد بالأشخاص ، وقيل : للزوجات كفارة والاماء أخرى ، وقيل : وللمال أخرى حكاه الحناطي .

---

(١) في هامش « ط » زيادة من نسخ الظاهرية لم ترد في الأصل .

فرع : قال لزوجته : أنت عليّ حرام ، أنت عليّ حرام ونوى التحريم ، أوجعلناه صريحا فإن قال ذلك في مجلس ، أو قاله في مجالس ونوى التأكيد ، فعليه كفارة واحدة وإن قاله في مجالس ونوى الاستئناف ، تعددت الكفارة على الأصح .

وقيل : عليه كفارة فقط ، وأن أطلق ، فقولان .

فرع : قال : أنت حرام ولم يقل : عليّ ، قال البغوي : هو كناية بلا خلاف ، ولو قال : أنت عليّ كالميتة ، والدم ، والخمر ، أو الخنزير وقال : أردت الطلاق ، أو الظهار نفذ ، وإن نوى التحريم ، لزمته الكفارة . وإن أطلق ، فظاهر النص أنه كالحرام فيكون على الخلاف . وعلى هذا جرى الإمام ، والذي ذكره البغوي وغيره أنه لا شيء عليه ، قال الحناطي : الخلاف هنا مرتب على لفظ الحرام ، وهنا أولى بأن لا يكون صريحاً ، وحكى قولاً شاذاً أنه لا كفارة وإن نوى التحريم . قال الشيخ أبو حامد : ولو قال أردت أنها حرام عليّ ، فإن جعلناه صريحاً ، وجبت الكفارة وإلا فلا لأنه ليس للكناية كناية ، وتبعه على هذا جماعة ، ولا يكاد يتحقق هذا التصوير ، ولو قال : أردت أنها كالميتة في الاستقذار ، صدق ولا شيء عليه .

فرع : قال إسماعيل البوشنجي : إنما يقع الطلاق بقوله : أنت حرام عليّ إذا نوى حقيقة الطلاق ، وقصد إيقاعه بهذا اللفظ ، أما إذا لم ينو كذلك ، فلا يقع وإن اعتقد قوله : أنت عليّ حرام موقعاً ، وظن أنه قد وقع طلاقه .

فرع : قال : متى قلت لامرأتي : أنت عليّ حرام ، فإني أريد به الطلاق ثم قال لها بعد مدة : أنت عليّ حرام ، فهل يحمل على الطلاق ، أم يكون كما لو ابتدأ به ؟ وجهان خرجهما أبو العباس الروياني .

قلت : أصحهما الثاني . والله أعلم .

فرع : تكرر في كلام الأصحاب في المسألة ، أن قوله : أنت عليّ حرام صريح في الكفارة ، أم كناية ، وفي الحقيقة ليس لزوم الكفارة معنى اللفظة حتى يقال : صريح فيه ، أم كناية ، وإنما هو حكم رتبه الشرع على التلفظ به .

واختلفوا في أنه يتوقف على نية التحريم أم لا ؟ فتوسعوا بإطلاق لفظ الصريح والكناية .

فصل : الكناية لا تعمل بنفسها ، بل لا بد فيها من نية الطلاق ، وتقترن النية باللفظ فلو تقدمت ، ثم تلفظ بلا نية ، أو فرغ من اللفظ ثم نوى ، لم تطلق ، فلو اقترنت بأول اللفظ دون آخره ، أو عكسه ، طلقت على الأصح[1] ولا تلتحق الكناية بالصريح بسؤال المرأة الطلاق ، ولا بقرينة الغضب واللجاج ، ومتى تلفظ بكناية وقال : ما نويت صدق بيمينه ، فإن نكل ، حلفت ، وحكم بوقوع الطلاق ، وربما اعتمدت قرائن يجوز الحلف بمثلها .

فصل في مسائل منثورة متعلقة بالصريح والكناية : في « الزيادات » لأبي عاصم العبادي ، أنه لو قال : بعتك طلاقك ، فقالت : اشتريت ولم يذكرا عوضاً ، لا يحصل فرقة إذا لم يكن نية ، وقيل : تقع طلقة بمهر المثل ، وأنه لو قال : لم يبق بيني وبينك شيء ونوى الطلاق ، لم تطلق ، وفي هذا توقف .

قلت : الصواب الجزم بالطلاق ، لأنه لفظ صالح ومعه نية . والله أعلم .

وأنه لو قال : برئت من نكاحك ونوى ، طلقت ، وأنه لو قال : برئت من طلاقك ونوى ، لم تطلق ، ولو قال : برئت إليك من طلاقك ، قال إسماعيل البوشنجي : هو كناية ، أي : تبرأت منك بوساطة إيقاع الطلاق عليك . ولو قال : أبرأتك ، أو عفوت عنك ، فكناية ، لإشعاره بالاسقاط ، وله عليها حقوق النكاح ، وتسقط بالطلاق وأنه لو قال : طلقك الله ، أو قال لأمته : أعتقك الله ، طلقت وعتقت ، وهذا يشعر بأنهما صريحان ، ورأى البوشنجي أنهما كنايتان لاحتماله الانشاء والدعاء . وقول مستحق الدين للغريم : أبرأك الله ، كقول الزوج : طلقك الله . ولو قال : أنت طال وترك القاف ، طلقت حملاً على الترخيم . قال

(١) قال في المهمات عبارة الرافعي أظهر الوجهين عند الإمام والغزالي في الأولى أنه يقع وكلامهما يشعر برجحان عدم الوقوع في الثانية ، وأطلق في الشرح الصغير الترجيح في الأولى فقال وأظهرهما الوقوع لأن النية إذا اقترنت بأول اللفظ عرف قصده من اللفظ وعبارة المنهاج تبعاً للمحرر يقتضي الجزم بعدم الاكتفاء باقترانها بآخره ، وتصحيحه في اقترانها بأوله ، والفتوى على التفصيل بين الأول والأخير ، فقد صححه الماوردي في الحاوي وقال : إنه أشبه بمذهب الشافعي . قال في القوت : لو قارنت أثناء لفظ الكناية دون أولها ودون آخرها كلام جماعة يفهم أنه على الوجهين ، وهذا نقل وهو ظاهر بل صرح به في البيان والتجربة كما نقله بعض شراح المنهاج .

البوشنجي : ينبغي أن لا يقع وإن نوى ، فإن قال : يا طال ، ونوى ، وقع ، لأن الترخيم إنما يكون في النداء ، فأما في غير النداء ، فلا يقع إلا نادراً في الشعر ، وانه إذا قال : الطلاق لازم لي ، أو واجب عليّ ، طلقت للعرف . ولو قال : فرض عليّ ، لم تطلق لعدم العرف فيه . ورأى البوشنجي أن جميع هذه الألفاظ كناية ، لأنه لو قال : طلاقك عليّ ، واقتصر عليه ونوى ، وقع ، فوصفه بواجب أو فرض يزيده تأكيداً . وحكى صاحب « العدة » الخلاف فقال : لو قال طلاقك لازم لي ، فوجهان . قال أكثر الأصحاب : هو صريح . ولو قال : لست بزوجة لي ، فالصحيح أنه كناية . وقيل : لغو . وفي فتاوى القفال أنه لو قال : اذهبي إلى بيت أبويّ ونوى الطلاق ، إن نواه بقوله : اذهبي ، وقع ، وإن نواه بمجموع اللفظين ، لم يقع ، لأن قوله : إلى بيت أبويّ لا يحتمل الطلاق ، بل هو لاستدراك مقتضى قوله : اذهبي . وأنه لو قال لها : أنت طالقان أو طوالق ، لم يقع إلا طلقة . وأنه لو قال : كل امرأة لي طالق إلا عمرة ، ولا امرأة له سواها ، طلقت ، لأن الاستثناء مستغرق فبطل[1] ولو قال : النساء طوالق إلا عمرة ، ولا زوجة له سواها ، لم تطلق . وإن كانت امرأته في نسوة ، فقال : طلقت هؤلاء إلا هذه ، وأشار إلى زوجته ، لم تطلق . وأنه لو قال

(١) قال في المهمات : شرطه أن يكون الاخراج بإلا كما صوره ، فلو عبر بسوى أو نحوها كغير لم تطلق كما صرح به الخوارزمي في الكافي في الأيمان ومثل بسوى ومن متجه ، فإن أصل إلا الاستثناء وأصل سوى وغير ونحوهما الصفة فيحمل كل لفظ على أصله فيلزم الاستغراق في إلا للاخراج بعد الادخال دون سوى ونحوها ، فإن مدلولها يطابق المغايرة المذكورة ويوافقه ما سيأتي قريباً أنه لو قال امرأتي التي في هذه الدار طالق ولم تكن فيها ، لم يقع الطلاق ، وهذا الذي قاله محرر في غاية الحسن .
وقال الشيخ البلقيني : ما قاله مخالف لما نص عليه الشافعي وأصحابه في عتاب الزوجة بجديدة ، وصرح في المطلب بأنه لا فرق بين أن يستثنيها لفظاً أو بية ، وقد صرح الخوارزمي في الكافي أنه لو وضع زوجته في المقابر وقال : كل زوجة لي سوى التي في المقابر طالق ثلاثاً أنها تطلق ، وهذا هو الأظهر ، وعليه عرف إيمان الناس . وفي ذلك كلام آخر ، والله أعلم .
قال الشيخ ولي الدين : الفرق بين إلا وسوى واضح ولم يتوارد كلام القفال والخوارزمي على تصوير واحد كما عرفت . انتهى . وأشار إلى ما ذكره الشيخ في المهمات وترك الجواب عن عتاب الزوجة الجديدة . وجوابه أنه لم يردها فلم تدخل في اللفظ فيصير في باب العام الذي أريد به الخصوص ، وبهذا تفترق المسألتان ، فإن مسألة القفال من باب العام المخصوص بدليل الاخراج بإلا ، ومسألة عتاب الزوجة لم يدخلها وهذا ظاهر جلي وقد ذكر في الخادم كلام شيخه البلقيني وأطال فيه وأشار إلى الجواب الذي ذكرته ، بل صرح به ولم يعول عليه ولم يحسن فيما فعل .

لامرأته يا بنتي ، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن ، كما لو قاله[١] لعبده أو امته .

قلت : المختار في هذا أنه لا يقع به فرقة إذا لم يكن له نية ، لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة . والله أعلم .

وأنه لو كانت له زوجة تنسب إلى زوج أمها ، فقال : بنت فلان طالق ، لم تطلق ، لأنها ليست بنته حقيقة ، ولغيره في هذا احتمال .

قلت : ينبغي أن يقال : إن نواها[٢] طلقت ، ولا يضر الغلط في نسبها ، كنظيره في النكاح وإلا فلا ، ومراد القفال بقوله : لم تطلق ، أي : في الظاهر ، وأما الباطن ، فيتعين أن يكون كما ذكرته . والله أعلم .

وأنه لو قال : نساء المسلمين طوالق ، لم تطلق امرأته . وعن غيره : أنها تطلق ، وبني الخلاف على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب ؟

قلت : الأصح عند أصحابنا في الأصول : أنه لا يدخل ، وكذا هنا : الأصح أنها لا تطلق[٣] . والله أعلم .

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : قال .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : إن نوتها .

(٣) قال في المهمات : يرد عليه أن المعروف في كتب الأصول الدخول .
قال الإمام في البرهان : إنه الرأي الحق عندي . وحكاه عن الأكثرين الإمام فخر الدين والآمدي وابن الحاجب وصاحب الحاصل والتحصيل وغيرهم ، وفي المستصفى للغزالي أن القول بعدم الدخول فاسد ، ومقتضاه أن الأصح هنا الوقوع ويؤيده ما تقدم في الوقف أنه لو وقف كتاباً على المسلمين أو مرحَلاً أو بئراً كان له أن ينتفع به ، وكذا صححوه فيما لو وقف على الفقراء فافتقر مع أن الدخول هنا أولى ، فإن الوقف على النفس باطل في الجملة وإن كان إدخال نفسه في العموم جائز فيما أصله الاباحة كماء البئر ومنافع المساجد دون ثمار النخلة ونحوها كما قاله الماوردي هناك .
قال في الخادم : تصحيح النووي هنا عدم الوقوع يوافق ما جزم به الرافعي فيما بعد فيما إذا قال نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي ، لم تطلق زوجته لأنه عطف على نسوة لم يطلقن ، هذا لفظ وهو صريح في أن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه وأن التصريح به بعد ذلك لا يفيد ، وفي زيادات العبادي لو قال بنو آدم كلهم أحرار ، لا يعتق عبيده بخلاف عبيد الدنيا فإنهم يعتقون ثم قال ، أعني صاحب الخادم : أن الخلاف هنا نظير المسألة الآتية عن شريح فيما إذا قال امرأة كل من في السكة طالق وهو فيها ، وقد صحح في أصل الروضة أنها تطلق وهو مشكل على ما صححه هنا ، ثم ذكر كلام =

وأنه لو قال : بانت مني امرأتي ، أو حرمت عليّ ، لم يكن إقراراً بالطلاق ، لأنه كناية ، وأنه لو قال : أنت بائن ثم قال بعد مدة : أنت طالق ، ثلاثاً ، وقال : أردت بالبائن الطلاق ، فلم يقع على الثلاث لمصادفتها البينونة ، لم يقبل منه ، لأنه متهم ، وأنه لو قال : بطلاقك لا أكلم فلاناً فكلمه ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يحلف به .

وأنه لو قالت له زوجته واسمها فاطمة : طلقني ، فقال : طلقت فاطمة ، ثم قال : نويت فاطمة أخرى ، طلقت ، ولا يقبل قوله لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء : طلقت فاطمة ، ثم قال : نويت أخرى . وقد يشكل هذا بما سبق ، أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح[1] وأنه لو قال : طلقت ولم يزد عليه ، لا يقع

= المهمات في الرد على الشيخ أن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه فقال · ولو نظر في كتب القدماء من أصحابنا ، لم يقل ذلك فقد قال الأستاذ أبو منصور البغدادي اختلفوا في دخول المخاطب في عموم خطابه فزعم بعض أصحابنا وأكثر المخالفين أنه يتناوله ولا يخرج عن عمومه إلا بدليل يوجب بتخصيصه ، وقال أكثر أصحابنا انه لا يدخل إلا بدليل وهو الصحيح من المذهب هذا لفظه ، وقال ابن برهان في الأوسط ذهب معظم العلماء إلى أنه لا يدخل ، وكذا قال القاضي أبو الطيب في الكفاية وغيره وقد أوضحت دلك في كتابي الكبير في أصول الفقه المسمى بالبحر المحيط .

(١) قال في المهمات : ما ذكره في المسألة الأولى وهو أن يقول جواباً يخالفه ما سيأتي قريباً بعد أن نقل عن شريح والروياني أنه لو قال امرأة ريد طالق ، قال جدي تطلق امرأته وقيل لا تطلق حتى يريد نفسه لجوار إرادة زيد آخر وليجيء هدا الوجه فيما إذا قال فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته هنا كلامه وصورته أن يكون جواباً فإنه لا يتصور عود الحنث لما إذا قاله ابتداء لأنه جزم فيه بقبول قوله على وفق البحث ولا نزاع مي أن هذا في الظاهر فيقبل في الباطن حزماً ، وما ذكره في الثانية وهي أن يذكره ابتداء خلاف الصحيح فسيأتي في أوائل الباب الخامس في الشك في الطلاق أن الصحيح أنه لا يقبل ، وحكاه عن الجمهور ومثل بزينب . انتهى .

قال في الخادم : وما استشكله الرافعي عليه أي على القفال ، فقد أجيب عنه بأن فاطمة ليست كناية عن الزوجة وإنما هو صريح والابهام حصل بتسمية عيرها لهذا الاسم فهو كاللفظ المشترك ينصرف إلى أحد المسميات بالقرينة ، نعم قد ينازع أن القرينة فيما نحن فيه يقتصي طلاق روحته لأن عدوله عن قوله طلقتك إلى قوله طلقت فاطمة يشعر بإرادة غيرها ويؤيده من كلام الرافعي في موضعين :

أحدهما · في باب اللعان أنه إذا كانت المرأة حاصرة وأشار إليها وهل تحتاج مع الاشارة إلى التسمية قد يجر لبساً ، فإذا لم يكتف بالاشارة فأولى أن لا يكتفي بالتسمية .

والثاني قوله هنا أن إشارة القادر على النطق بالطلاق ليست تصريحاً ولا كناية على الأظهر لأن عدوله من الاشارة إلى العبارة يوهم أنه غير قاصد ، وسيأتي مسألة ما لو قيل له يا زيد فقال امرأة ريد طالق أنه لا يقع على الأظهر .

الطلاق ، وإن نوى ، لأنه لم يجر للمرأة ذكر ولا دلالة ، فهو كما لو قال : امرأتي ونوى الطلاق ، وأنه لو قال لولي امرأته : زوّجها ، كان إقراراً بالفراق . ولو قال لها : انكحي ، لم يكن إقراراً ، لأنها لا تقدر أن تنكح ، ولكن المفهوم منه ما يفهم من قول الله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾[1] .

قلت : الصواب أنه كناية إذا خاطبها به ، بخلاف الولي ، لأنه صريح فيه . والله أعلم .

ومما نقل من معلقات القاضي شريح الروياني من أصحابنا المتأخرين ، ما حكاه عن جده أبي العباس الروياني وغيره ، أنه لو قال : أحللتك ونوى طلاقها ، هل هو كناية ؟ وجهان .

قلت : الأصح أنه كناية . والله أعلم .

وأنه لو قال : أنت بائن وطالق ، يرجع إلى نيته في « بائن » ، ولا يجعل قوله : و « طالق » تفسيراً له .

وأنه لو كرر كناية ، كقوله : اعتدي اعتدي اعتدي ، ونوى الطلاق ، فإن نوى التأكيد وقعت واحدة ، وإن نوى الاستئناف ، فثلاث ، وإن لم ينو ، فقولان . ولو كانت الألفاظ مختلفة ، ونوى بها الطلاق ، وقع بكل لفظة طلقة .

وأن القفال قطع بأنه لو قال : طلقت ، ونوى امرأته ، لم تطلق لعدم الاشارة والاسم .

ولو قيل له : ما تصنع بهذه الزوجة ؟ طلقها ، فقال : طلقت ، أو قال لامرأته : طلقي نفسك ، فقالت : طلقت ، وقع الطلاق ، لأنه يترتب على السؤال والتفويض ، وأنه لو قال : أنت بطلقة ، ونوى ، لم تطلق . وأنه لو كان له زوجتان ، إحداهما فاطمة بنت محمد ، والأخرى فاطمة بنت رجل سماه أبواه أيضاً محمداً ، إلا أنه

---

(١) قال من زيادته : الصواب أنه كناية إذا خاطبها بخلاف الولي ، فإنه صريح فيه .
قال في الخادم : هذا الاستدراك فيه نظر ، فإن نزاع الرافعي في انكحي إنما هو في كونه إقراراً ويتضمنه ، فإن كان مراد النووي الصريح والكناية في الطلاق كما هو الظاهر فهو غير ملاق لكلام الرافعي والقفال وإن كان المراد أن قوله للولي صريح ، وقوله لها انكحي كناية فيه فقريب .

اشتهر في الناس بزيد ، وبه يدعونه ، فقال الزوج : زوجتي فاطمة بنت محمد طالق ، وقال : أردت بنت الذي يدعونه زيداً ، قال جدّي : يقبل لأن الاعتبار بتسمية أبويه ، وقد يكون للرجل اسمان ، وأكثر ، وقيل : الاعتبار بالاسم المشهور في الناس ، لأنه أبلغ في التعريف . وأنه لو قال : امرأتي هذه محرمة عليَّ لا تحل لي أبداً ، قال جدي : لا تطلق ، لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق ، وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ترك الجماع ، وقيل : يحكم عليه بالبينونة لمقتضى هذا اللفظ ، وأنه لو قيل لرجل اسمه زيد : يا زيد ، فقال : امرأة زيد طالق ، قال جدي : تطلق امرأته .

[وقيل][(١)] لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز[(٢)] إرادة زيد آخر[(٣)] ، وليجيء هذا الوجه ، فيما إذا قال : فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة ، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته ، وأنه لو قيل : طلقت امرأتك ، فقال : أعلم أن الأمر على ما تقوله ، فهل يكون هذا إقراراً بالطلاق ؟ وجهان حكاهما جدي ، أصحهما ليس بإقرار لأنه أمره أن يعلم ، ولم يحصل هذا العلم ، وأنها لو ادعت أنه طلقها ثلاثاً ، فأنكر ، ثم قال لفقيه : اكتب لها ثلاثاً ، قال جدي : يحتمل كونه كناية ، ويحتمل أن لا يكون ، وأنه لو قال : امرأتي التي في هذه الدار طالق ، ولم تكن امرأته فيها ، لا يقع الطلاق ، وأنه لو قال : رددت عليك الطلقات الثلاث ، ونوى ،

---

(١) وفي « ط » : وقال غيره .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : بجواز .

(٣) قال في الخادم : اعلم أن صاحب البحر قد تعرض لهذه المسألة على غير هذا الوجه ، فالظاهر أنه حصل نقص فيما نقله الرافعي وفيما نقله شريح ، فإن الذي في البحر قبل باب الرجعة لو ناداه رجل فقال يا زيد ، فقال مجيباً له امرأة لزيد طالق ، وقع الطلاق ، وإن قال امرأة زيد طالق ، لم يقع إلا أن يريد نفسه وفرق بأنه لما عرفه بالألف واللام كان إيقاعاً وإقراراً ، يعني أن اللام للعهد .
وفي الثاني نكرة فاقتضى زيداً آخر فكان الرجوع إليه واجباً في تعيينه . انتهى ملخصاً فقد جزم في الصورة التي اقتصر الرافعي على ذكرها بالرجوع إليه ، ولعل ما نقله شريح عن جده إنما هو في الصورة الأولى ، ولا يخفى أن دخول ال على المعرفة ودعوى أن زيداً عند عدم دخولها نكرة كلاً منهما بعيد عن لسان العرب ، فإنهم لا يدخلون الألف واللام على الأعلام إلا بتأويل ولا يجعلون علماً نكرة ، والذي يظهر في هذه المسألة أنه إذا كان الاسم مما عرف أنه يقتضيه جامداً كان أو مشتقاً ، فلا يقع طلاقه جزماً ، وهذا كمن يقال له يا جاهل فيقول امرأة الجاهل طالق فإنه لم يقصد إلا اني لست بجاهل والا فيقع ، ولا بأس بتنزيل الخلاف على هاتين الحالتين . انتهى ما أردته منه وهو تحقيق حسن .

وقع الثلاث . وأنه لو قال : امرأته طالق ، وعنى نفسه ، قال جدي : يحتمل وقوع الطلاق ، ويحتمل عدمه .

قلت : الوقوع أرجح . والله أعلم .

وأنه لو قال لابنه : قل لأُمك أنت طالق ، قال جدي : إن أراد التوكيل ، فإذا قاله لها الابن ، طلقت ، ويحتمل أن يقع ويكون الابن مخبراً لها بالحال .

وأنه لو قال : كل امرأة في السكة طالق ، وزوجته في السكة ، طلقت على الأصح . وأنه لو وكل في طلاقها ، فقال الوكيل : طلقت من يقع الطلاق عليها بلفظي ، هل تطلق التي وكله في طلاقها ؟ أو طلقها ولم ينو عند الطلاق أن يطلق لموكله ، ففي الوقوع وجهان .

وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو قيل له : فعلت كذا ، فأنكر ، فقيل له : إن كنت فعلته فامرأتك طالق ، قال نعم ، لم تطلق ، لأنه لم يوقعه . قال البغوي : ينبغي أن يكون على القولين ، فيمن قيل له : طلقتها ؟ قال : نعم .

وفي « المستدرك » للإمام إسماعيل البوشنجي ، أنه لو قال لزوجته : وهبتك لأهلك ، أو لأبيك أو للأزواج أو للأجانب ، ونوى الطلاق ، طلقت ، كقوله : الحقي بأهلك .

وأنه لو قال لامرأته : أنت كذا ونوى الطلاق ، لم تطلق . وكذا لو علق بصفة ، فقال : إن لم أدخل الدار ، فأنت كذا ، ونوى ، لم تطلق لأنه لا إشعار له بالفرقة ، فأشبه إذا قال : إن لم أدخل الدار فأنت كما أضمر ، ونوى الطلاق ، فإنها لا تطلق ، وأنه لو قال : أربع طرق عليك مفتوحة ، فخذي أيها شئت ، أو لم يقل : خذي أيها شئت ، أو قال : فتحت عليك طريقك ، فكناية . وقال أبو بكر الشاشي : إذا لم يقل : خذي أيها شئت ، فليس كناية ، ووافق في قوله : فتحت عليك طريقك أنه كناية . وأنه لو قال لها[1] خذي طلاقك ، فقالت : أخذت ، لم تطلق ما لم توجد نية الايقاع من الزوج بقوله : خذي أو من المرأة إن حمل قوله على تفويض الطلاق إليها .

---

(١) سقط في « ط » .

وفي « الاقناع » لأقضى القضاة الماوردي ، أن قوله : لعل الله يسوق إليك خيراً كناية ، وذكر هو وغيره أن قوله : بارك الله لك ، كناية ، بخلاف قوله : بارك الله فيك .

وفي « فتاوى الغزالي » أنه[1] إذا كتب الشروطي إقرار رجل بالطلاق ، فقال له الشهود : نشهد عليك بما في هذا الكتاب ؟ فقال : اشهدوا ، لا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى ، بل لو قال : اشهدوا عليّ أني طلقتها أمس وهو كاذب ، لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى[2] .

وفي « التتمة » أنه لو قال لواحدة من نسائه : أنت طالق مائة طلقة ، فقالت : تكفيني ثلاث ، فقال : الباقي على صواحبك ، لا يقع على صواحبها طلاق ، لأنه لم يخاطبهن ، وإنما رد عليها شيئاً لاغياً ، فإن نوى به الطلاق ، كان طلاقاً وكان التقدير : أنت طالق بثلاث ، وهن طوالق بالباقي . وأنه لو قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وأنت يا أم أولادي ، قال أبو عاصم العبادي : لا تطلق وهو كما قال غيره : لو قال لزوجته : نساء العالمين طوالق وأنت يا فاطمة ، لا تطلق ، لأنه عطف على نسوة لم يطلقن[3] ، وأنه لو قال له رجل : فعلت كذا فأنكر ، فقال الرجل : الحل عليك حرام ، والنية نيتي أنك ما فعلت ، فقال : الحل عليّ حرام ، والنية نيتك ما فعلته ، لغا قوله : النية نيتك ، ويكون الحكم كما لو تلفظ بهذا اللفظ ابتداءً . ولو قال له لما أنكر : امرأتك طالق إن كنت كاذباً ، فقال : طالق وقال : ما أردت طلاق امرأتي يقبل ، لأنه لم توجد إشارة إليها ولا تسمية ، وإن لم يدَّع إرادة غيرها ، حكم بوقوع الطلاق وبالله التوفيق .

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) قال في المهمات : مقتضاه الوقوع في الظاهر وهو مخالف لما في زيادة الروضة في آخر الباب الأول من الاقرار كما تقدم يشير إلى ما قدمه في باب الاقرار ، ثم قال : وفي فتاوى الغزالي ما يقتضي النفوذ باطناً أيضاً فقال إذا قال المشهود اشهدوا عليّ أني وقفت جميع أملاكي وذكر مصادقها ولم يذكر شيئاً منها صارت الجميع وقفاً ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر الحدود ثم قال ـ أعني صاحب المهمات ـ الصواب في ذلك ونحوه أنه لا يكون إقراراً كما أوضحه ابن الصلاح في فتاويه . . إلى آخر ما ذكره الغزالي وأقره عليه الشيخان .

(٣) قال في المهمات : مقتضاه أن العطف على الباطل باطل وسيأتي في الكلام على الاكراه ما يخالفه .

فرع : قال : أنت طالق ثلاثاً أو لا ، بإسكان الواو ، لا يقع شيء . قال المتولي : كما لو قال : هل أنت طالق ؟ ولو قال : أنت طالق أوّلاً بتشديد الواو وهو يعرف العربية ، طلقت .

الطرف الثاني في الأفعال القائمة مقام اللفظ : الاشارة والكتب يدلان على الطلاق ، فأما الاشارة ، فمعتبرة من الأخرس في وقوع الطلاق ، وتقوم إشارته مقام عبارة الناطق في جميع العقود والحلول والأقارير والدعاوى ، لكن في شهادته خلاف . وإذا أشار في صلاته بطلاق أو بيع أو غيرهما ، صح العقد قطعاً ولا تبطل صلاته على الصحيح ، ثم منهم من أدار الحكم على إشارته المفهومة ، وأوقع الطلاق بها ، نوى أم لم ينو ، وكذا فصل البغوي .

وقال الإمام وآخرون : إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهي التي يفهم منها الطلاق كل واقف عليها ، وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهي التي يفهم الطلاق بها المخصوص بالفطنة والذكاء . ولو بالغ في الاشارة ، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق وأفهم هذه الدعوى . قال الإمام : هو كما لو فسر اللفظة الشائعة في الطلاق بغيره .

فرع : سواء في اعتبار إشارة الأخرس ، قدر على الكتابة أم لا ، هكذا قاله الإمام ، ويوافقه إطلاق الجمهور . وقال المتولي : إنما تعتبر إشارته إذا لم يقدر على كتابة مفهمة . فالكتابة هي المعتبرة ، لأنها أضبط ، وينبغي أن يكتب مع ذلك : إني قصدتَ الطلاق .

فرع : إذا كتب الأخرس الطلاق ، فثلاثة أوجه . الصحيح أنه كناية ، فيقع الطلاق إذا نوى ، وإن لم يشر معها ، والثاني : لا بد من الاشارة ، والثالث : هو صريح ، قاله الشيخ أبو محمد .

فصل : القادر على النطق ، إشارته بالطلاق ليست صريحة ، وإن أفهم بها كل أحد ، وليست كناية أيضاً على الأصح . ولو قال لإحدى زوجتيه : أنت طالق وهذه ، ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية ، وجهان . ولو قال : امرأتي طالق ، وأشار إلى إحداهما ، ثم قال : أردت الأخرى ، فوجهان . أحدهما : يقبل . والثاني : لا يقبل ، بل تطلقان جميعاً .

فصل : إذا كتب القادر بطلاق زوجته ، نظر ، إن قرأ ما كتبه وتلفظ به في حال الكتابة ، أو بعدها ، طلقت ، وإن لم يتلفظ ، نظر ، إن لم ينو إيقاع الطلاق ، لم تطلق على الصحيح ، وقيل · تطلق وتكون الكتابة صريحاً ، وليس بشيء وإن نوى ، ففيه أقوال وأوجه وطرق ، مختصرها ثلاثة أقوال . أظهرها : تطلق مطلقاً ، والثاني : لا ، والثالث : تطلق إن كانت غائبة عن المجلس ، وإلا فلا . وهذا الخلاف جارٍ في سائر التصرفات التي لا تفتقر إلى قبول كالاعتاق والابراء ، والعفو عن القصاص وغيرها بلا فرق .

وأما ما يحتاج إلى قبول ، فهو نكاح وغيره ، أما غيره كالبيع والهبة والاجارة ، ففي انعقادها بالكتب خلاف مرتب على الطلاق ، وما في معناه ، إن لم يعتبر الكتب هناك ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكنايات ، ولأن القبول فيها شرط فيتأخر عن الايجاب ، والأشبه الانعقاد . ومن قال به ، جعل تمام الايجاب بوصول الكتاب ، حتى يشترط اتصال القبول به . وفي وجه : لا يشترط ذلك ، بل يراعى التواصل اللائق بين الكتابين ، وقد أشرنا إلى هذا كله في أول البيع ، وذكرنا عن بعضهم ، أن المشتري لو قبل بالقول ، كان أقوى من أن يكتب ، وكذا ذكره الإمام .

وأما النكاح ، ففيه خلاف مرتب ، والمذهب منعه بسبب الشهادة ، فلا إطلاع للشهود على النية . ولو قالا بعد المكاتبة : نوينا ، كان شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد ، ومن جوز اعتمد الحاجة .

وإذا قلنا : ينعقد البيع والنكاح بالمكاتبة ، فذلك في حال الغيبة ، فأما عند الحضور ، فخلاف مرتب .

وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة يكتب : زوّجْتُك بنتي ، ويحضر الكتاب عدلان ، ولا يشترط أن يحضرهما ، ولا أن يقول : اشهدا . فإذا بلغه ، فيقبل لفظاً . أو يكتب القبول ، ويحضر القبول شاهدا الايجاب ، فإن شهده آخران ، فوجهان . أصحهما : المنع ، ومن جوزه ، احتمله كما احتمل الفصل بين الايجاب والقبول . ثم إذا قبل لفظاً أو كتابة ، يشترط كونه على الفور ، وفيه وجه ضعيف سبق .

فرع : كتب إليه : وكلتك في بيع كذا من مالي ، أو إعتاق عبدي ، فإن قلنا :

الوكالة لا تفتقر إلى القبول ، فهو ككتب الطلاق ، وإلا فكالبيع ونحوه .

فـرع : كتب : زوجتي طالق ، أويـا فلانـة أنت طالق ، أوكـل زوجة لي فهي طـالق . فإن قرأ ما كتبه ، فقد ذكرنا أنها تطلق . فلو قال : لم أنو الطلاق ، وإنما قصدت قراءة ما كتبته وحكايته ، ففي قبوله ظاهراً وجهان مشبهان بالوجهين فيما لو حل الوثاق ، وقال : أنت طالق .

وفائدة الخلاف ، إنما تظهر إذا لم يجعل الكتب صريحاً ولا كناية ، أو قلنا : كناية ، وأنكر اقتران النية .

فرع : إذا أوقعنا الطلاق بالمكاتبة ، نظر في صورة المكتوب ، إن كتب : أما بعد ، فأنت طالق ، طلقت في الحال ، سواء وصلها الكتاب أم ضاع .

وإن كتب : إذا قرأت كتابي ، فأنت طالق ، لم يقع بمجرد البلوغ ، بل عند القراءة . فإن كانت تحسن القراءة ، طلقت إذا قرأته قال الإمام : والمعتبر أن تطلع على ما فيه . واتفق علماؤنا على أنها إذا طالعته وفهمت ما فيه ، طلقت ، وإن لم تتلفظ بشيء . فلو قرأه غيرها عليها ، فهل يقع الطلاق لأن المقصود اطلاعها ، أم لا لعدم قراءتها مع الامكان ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبه قطع البغوي .

وإن كانت لا تحسن القراءة ، طلقت إذا قرأه عليها شخص على الصحيح . وقيل : لا تطلق أصلاً . ولو كان الزوج لا يعلم ، أهي قارئة أم لا ، فيجوز أن ينعقد التعليق على قـراءتها بنفسهـا ، نظراً إلى حقيقتـه ، ويجـوز أن ينعقـد على الفهم والاطلاع ، لأنه القدر المشترك بين الناس ، والأول أقرب . أما إذا كتب : إذا أتاك كتابي ، أو بلغك ، أو وصل إليك كتابي فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق قبل أن يأتيها ، فإن انمحى جميع المكتوب ، فبلغها القرطاس بحيث لا يمكن قراءته ، لم تطلق كما لو ضاع . وقيل : تطلق ، إذ يقال : أتى كتابه وقد انمحى ، والصحيح الأول . وإن بقي أثر ، وأمكنت قراءته ، طلقت ، كما لو وصل بحاله ، وإن وصلها بعض الكتاب دون بعضه ، فخرم الكتاب أربعة أقسام .

أحدها : موضع الطلاق ، فإن كان هو الضائع ، أو انمحى ما فيه ، فثـلاثة أوجه . أصحها : لا تطلق ، والثاني : تطلق ، والثالث : إن قال : إذا جاءك كتابي ،

وقع . وإن قال : إذا جاءك كتابي هذا أو الكتاب ، فلا .

الثاني : موضع سائر مقاصد الكتاب ، ومنه ما يعتذر به عن الطلاق ويوبخها عليه من الأفعال الملجئة إلى الطلاق ، فإن كان الخلل فيه بالتخرق والانمحاء ، وبقي موضع الطلاق وغيره ، ففيه الأوجه الثلاثة ، والوقوع هنا أولى ، وبه قال أبو إسحاق ، لوصول المقصود ، ويحسن الاعتماد على الوجه الثالث في الصورتين .

الثالث : موضع السوابق واللواحق ، كالتسمية ، وصدر الكتاب ، والحمد والصلاة . فإذا كان الخلل فيه والمقاصد باقية ، ففيه الأوجه ، لكن الأصح هنا ، الوقوع . قال الإمام : وكنت أود أن يفرق في هذه صور الثلاث بين أن يبقى معظم الكتاب ، أو يختل ؟ فإن للمعظم أثراً في بقاء الاسم وعدمه .

قلت : هذا الذي أشار إليه الإمام ، هو وجه ذكره في « المستظهري » لكنه لم يطرده فيما إذا انمحى موضع الطلاق ، لم يقع عنده ، وعند سائر العراقيين قطعاً ، ولفظه : وقيل : إن وجد أكثر الكتاب ، طلقت . والله أعلم .

الرابع : البياض في أول الكتاب وآخره . المذهب : أنه لا عبرة بزواله . وقيل : يطرد الخلاف .

أما إذا كتب : إذا بلغك كتابي فأنت طالق ، فإن بلغ موضع الطلاق وقع بلا تفصيل ولا خلاف ، وإن بلغ ما سواه وبطل موضع الطلاق ، لم تطلق .

فرع : كتب : إذا بلغك كتابي ، فأنت طالق ، وكتب أيضاً : إذا وصل إليك طلاقي فأنت طالق فبلغها ، وقعت طلقتان للصفتين .

ولو كان التعليق بقراءتها ، فقرأت بعضه دون بعض ، فعلى ما ذكرناه في وصول بعضه دون بعض .

فرع : كتب كتابه ونوى ، فككتب الصريح .

ولو أمر الزوج أجنبياً ، فكتب ونوى الزوج ، لم تطلق كما لو قال للأجنبي : قل لزوجتي : أنت بائن ونوى الزوج ، لا تطلق .

فرع : كتب : إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق ، فبلغها كله ، فهل يقع

لاشتمال الكل على النصف ، أم لا لأن النصف في مثل هذا يراد به المنفرد ؟ وجهان .

قلت : الأصح الوقوع . والله أعلم .

فرع : الكتب على الكاغد ، والرق ، واللوح ، والنقر في الحجر والخشب ، سواء في الحكم ، ولا عبرة برسم الحروف على الماء والهواء ، لأنها لا تثبت . قال الإمام : ولا يمتنع أن يلحق هذا بالاشارة المفهمة ، ولك أن تمنعه ، لأن هذا إشارة إلى الحروف لا إلى معنى الطلاق وهو الابعاد .

قلت : ولو خط على الأرض وأفهم ، فكالخط على الورق ، ذكره الإمام والمتولي وغيرهما ، وقد سبق في كتاب البيع . والله أعلم .

فرع : قال : أتاني كتاب الطلاق ، فأنكر أنه كتبه ، أو أنه نوى ، صدق ، فلو شهد شهود أنه خطه ، لم تطلق بمجرد ذلك ، بل يحتاج مع ذلك إلى إثبات قراءته أو نيته .

فرع : كتب : أنت طالق ثم استمد فكتب : إذا أتاك كتابي ، فإن احتاج إلى الاستمداد ، لم تطلق حتى يبلغها الكتاب ، وإلا طلقت في الحال .

فرع : حرك لسانه بكلمة الطلاق ، ولم يرفع صوته قدراً يسمع نفسه . قال المتولي : حكى الزجاجي ، أن المزني نقل فيه قولين . أحدهما : تطلق ، لأنه أقوى من الكتب مع النية . والثاني : لا لأنه ليس بكلام ، ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يسمع نفسه .

قلت : الأظهر : الثاني ، لأنه في حكم النية المجردة ، بخلاف الكتب ، فإن المعتمد في وقوع الطلاق به حصول الافهام ولم يحصل هنا . والله أعلم .

الطرف الثالث في التفويض(١) : يجوز أن يفوض إلى زوجته طلاق نفسها ،

---

(١) وهو جائز بالاجماع واحتجوا له أيضاً بأنه ﷺ خير نسائه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قول الله تعالى : ﴿ يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها ﴾ . . . الخ .
فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى ، فإن قيل لا دليل في ذلك لما صححوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارهن الدنيا ، بل لا بد من إيقاعه بدليل « فتعالين أمتعكن وأسرحكن » أجيب بانه لما فوّض إليهن سبب الفراق وهو اختيار الدنيا ، جاز أن يفوّض إليهن المسبب الذي هو الفراق .

فإذا فوض فقال : طلقي نفسك إن شئت ، فهل هو تمليك للطلاق ، أم توكيل به ؟ قـولان . أظهرهمـا : تمليك[١] وهـو الجديـد[٢] ، فعلى هذا ، تـطليقهـا يتضمن القبول ، ولا يجوز لها تأخيره ، فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الايجاب ثم طلقت ، لم يقع .

وقال ابن القاص وغيره : لا يضر التـأخير مـا داما في المجلس ، وقـال ابن المنذر : لها أن تطلق متى شاءت ، ولا يختص بالمجلس ، والصحيح الأول ، وبه قال الأكثرون . ولو قال : طلقي نفسك بألف ، أو على ألف إن شئت فطلقت ، وقع بائناً ، وهذا تمليك بعوض . وإذا لم يجر عوض ، فهو كالهبة . قال القفال : ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت : كيف يكون تطليقي لنفسي ، ثم قال : طلقت ، وقع الطلاق ولم يكن هذا القدر قاطعـاً ، وهذا تفـريع على أن الكـلام اليسير لا يضـر تخلله .

أما إذا قلنا : التفويض توكيل[٣] ، ففي اشتراط قبولها الخلاف المذكور في سائر الوكالات ، ويجيء الوجه الفارق بين صيغة الأمر بأن يقول : طلقي نفسك . وصيغة العقد ، كقوله : وكلتك في طلاق نفسك . وهل يجوز تأخير التطليق على هذا القول ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، فتطلق متى شاءت كتوكيل الأجنبي . والثاني وبه قال القاضي حسين البغوي : لا ، وطرده القاضي فيما لو قال : وكلتك في طلاق نفسك .

أما إذا قال : طلقي نفسك متى شئت ، فيجوز التأخير قطعاً ، وللزوج أن يرجع فيه قبل أن تطلق نفسها إن جعلناه توكيلاً ، وكذا إن جعلناه تمليكاً على الصحيح ، ومنعه ابن خيران .

ولو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فطلقي نفسك ، فإن قلنا : تمليك ، لغا ، وليس لهـا التطليق إذا جـاء رأس الشهر . . . وإن قلنـا : توكيـل ، جـاز كتـوكيـل

---

(١) أي يعطي حكم التمليك .

(٢) لأنه يتعلق بغرضها كغيره من التمليكات فنزل منزلة قوله : ملكتك طلاقك .

(٣) ونسب هذا إلى القديم .

الأجنبي . وعلى هذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فطلقي نفسك ، إن ضمنت لي ألفاً ، أو قال : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً بعد شهر ، فإذا طلقت نفسها على ألف بعد مضي الشهر ، طلقت ولزمها الألف .

قال إسماعيل البوشنجي : لو قال لأجنبي : إذا جاء رأس الشهر ، فأمر امرأتي بيدك ، فإن كان قصده بذلك إطلاق الطلاق له بعد انقضاء الشهر ، فله التطليق بعد أي وقت شاء ، إلا أن يطرأ منع ، وإن أراد تقييد الأمر برأس الشهر ، تقيد الطلاق به ، وليس له التطليق بعده ، ولو قال : إذا مضى هذا الشهر فأمرها بيدك ، فمقتضاه إطلاق الإذن بعده ، فيطلقها بعده متى شاء . ولو قال : أمرها بيدك إلى شهر أو شهراً ، فله أن يطلقها إلى شهر ، وليس له تطليقها بعده .

وهذه الأحكام في حق الزوجة ، كهي في حق الأجنبي إذا جعلنا التفويض إليها توكيلاً .

فرع : قال : طلقي نفسك ، فقالت : طلقت نفسي أو أنا طالق إذا قدم زيد ، لم يقع الطلاق إذا قدم ، لأنه لم يملّكها التعليق ، وكذا حكم الأجنبي ، وفيها وجه حكاه الحناطي .

ولو قال لها : علقي طلاقك ، ففعلت ، أو قاله لأجنبي ، ففعل ، لم يصح ، لأن تعليق الطلاق يجري مجرى الأيمان ، فلا يدخله نيابة ، وقيل : يصح . وقيل : إن علق على صفة توجد لا محالة ، كطلوع الشمس ، ورأس الشهر ، صح لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين ، وإن كانت محتملة الوجود كدخول الدار ، لم يصح ، لأنه يمين ، والصحيح هو الأول ، وبه قطع البغوي .

فرع : تفويض الاعتاق إلى العبد ، كتفويض التطليق إلى الزوجة في الأحكام المذكورة .

فصل : كما يجوز التفويض بصريح الطلاق ، ويعتد من المفوض إليها بالصريح ، كذلك يجوز التفويض بالكنايات مع النية ، ويعتد منها بالكناية مع النية ، ولا نشترط توافق لفظيهما ، إلا أن يقيد التفويض .

فإذا قال : أبيني نفسك ، أو بتي ، فقالت : أبنت ، أو بتت ، ونويا ، طلقت .

وإن لم ينو أحدهما ، لم تطلق .

ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت : أبنت نفسي ، أو أنا خلية أو برية ، ونوت ، طلقت على الصحيح . وقال ابن خيران ، وأبو عبيد بن حربويه : لا تطلق . ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت للزوج : طلقتك ، ففيه هذا الخلاف ، ويجري الخلاف في عكسه بأن يقول : أبيني نفسك ، أو فوضت إليك أمرك ، أو ملَّكتك نفسك ، أو أمرك بيدك وينوي ، فتقول : طلقت نفسي ، قال القاضي حسين وغيره : ويجري فيما لو قال لأجنبي : طلقها ، فقال : أبنتها ، ونوى ، أو قال : ابنها ونوى ، فقال : طلقتها .

ولو قال لها : أبيني نفسك ونوى . فقالت : أنا خلية ونوت ، فإن قلنا بالصحيح ، طلقت ، وعلى قول ابن خيران ، وجهان . أصحهما : تطلق ، لأن الاعتماد هنا على النية ، واللفظ غير مستقل ، بخلاف اختلاف الصريح والكناية . ولو قال : طلقي نفسك بصريح الطلاق ، أو قال : بكناية الطلاق ، فعدل عن المأذون فيه إلى غيره ، لم تطلق بلا خلاف . ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت : سرحت نفسي ، طلقت بلا خلاف لاشتراكهما في الصراحة .

فرع : قال لها : اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق ، فقالت : اخترت نفسي ، أو اخترت ونوت ، وقعت طلقة . ولو قال : اختاري ولم يقل : نفسك ، ونوى تفويض الطلاق ، فقالت : اخترت ، ففي « التهذيب » أنه لا يقع الطلاق حتى تقول : اخترت نفسي ، وأشعر كلامه بأنه لا يقع وإن نوت ، لأنه ليس في كلامه ولا كلامها ما يشعر بالفراق ، بخلاف قوله : اختاري نفسك ، فإنه يشعر ، فانصرف كلامها إليه . وقال إسماعيل البوشنجي : إذا قالت : اخترت ، ثم قالت بعد ذلك : أردت : اخترت نفسي وكذبها الزوج ، فالقول قولها ، ويقع الطلاق .

ولو قالت : اخترت نفسي ونوت ، وقعت طلقة ، وتكون رجعية إن كانت محلاً للرجعة . ولو قالت : اخترت زوجي أو النكاح لم تطلق .

ولو قالت : اخترت الأزواج ، أو اخترت أبوي ، أو أخي ، أو عمي ، طلقت على الأصح سواء قال : اختاري نفسك أو اختاري فقط .

فرع : متى كان التفويض وتطليقها أو أحدهما بكناية فتنازعا في النية ، فالقول قول

الناوي ، سواء أثبتها أم نفاها . وقال الاصطخري : إذا ادعت أنها نوت فأنكر صدق ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والصحيح الأول ، لأن النية لا تعرف إلا من الناوي .

ولو اختلفا في أصل التخيير ، فأنكره الزوج ، أو قال : خيرتك فلم تختاري في وقت الاختيار ، وقالت : اخترت ، فالقول قوله للأصل .

قال ابن كج : ولو جعل أمرها إلى وكيل ، فقال لها الوكيل : أمرك بيدك وزعم أنه نوى الطلاق ، وصدقته المرأة ، وكذبه الزوج ، فالقول قول الوكيل على الصحيح ، لأنه أمينه . وقيل : القول قول الزوج للأصل .

ولو توافق الزوجان على تكذيبه ، لم يقبل قول الوكيل .

فرع : القول في اشتراط الفور في قبولها إذا فوض بكناية ، على ماذكرناه إذا فوض بصريح .

فرع : قال : اختاري من ثلاث طلقات ما شئت ، أو طلقي نفسك من ثلاث ما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين ، ولا تملك الثلاث .

فرع : خير صبية ، فاختارت ، لم تطلق .

فرع : قال المتولي : لو قال ثلاث مرات : اختاري وقال : أردت واحدة ، لم يقع إلا واحدة .

فرع : ذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو[1] قال : اختاري نفسك ، أو طلقي نفسك ، فقالت : اختار أو أطلق ، فمطلقة للاستقبال ، فلا يقع في الحال شيء . فإن قال : أردت الانشاء ، وقع في الحال .

قلت : هذا كما قال : ولا يخالف هذا قول النحويين ، أن الفعل المضارع إذا تجرد ، فالحال أولى به ، لأنه ليس صريحاً في الحال ، وعارضه أصل بقاء النكاح . والله أعلم .

فرع : ذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو خيرها وهي لا تعلم ، فاختارت اتفاقاً ، خرج

---

(١) في « ط » إذا .

على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً ، والطلاق أولى بالنفوذ .

وأنه لو قال لرجل : أمر امرأتي بيد الله تعالى وبيدك ، يسأل ، فإن قال : أردت أنه لا يستقل بالطلاق ، قبل قوله ولم يكن له أن يطلق ، وإن قال : أردت أن الأمور كلها بيد الله تعالى : والذي أثبته الله لي جعلته في يدك ، قبل واستقل ذلك الرجل . وأنه لو قال : كل أمر لي عليك قد جعلته بيدك ، فعندي أن هذا ليس بتفويض صريح ، وأنه ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً ما لم ينو هو الثلاث . وأنه لو قال لها : اختاري اليوم وغداً وبعد غد ، فالمضاف إلى الزمن المستقبل ينبغي أن يكون على الخلاف ، في أن التفويض عليك أم توكيل ؟ إن قلنا : تمليك ، لم يحتمل التراخي كالبيع ، وإلا فهو كتوكيله بالبيع اليوم وغداً وبعد غد . فعلى هذا ، له الرد في بعض الأيام دون بعض .

فصل : قال : طلقي نفسك ونوى الثلاث ، فقالت : طلقت نفسي ونوت الثلاث ، وقع الثلاث . وإن لم تنو هي العدد ، فهل يقع واحدة أم الثلاث ؟ وجهان . أصحهما : واحدة . ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : طلقت أو طلقت نفسي ولم تلفظ بالعدد ولا نوته ، وقع الثلاث ، لأن قولها هنا جواب لكلامه ، فهو كالمعاد في الجواب ، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالثلاث ونوتها ، لأن المنوي لا يمكن تقدير عوده في الجواب ، فإن التخاطب باللفظ لا بالنية . وفيه احتمال للإمام ، أنه لا يقع إلا واحدة . ولو فوض بكناية ونوى عدداً وطلقت هي بالكناية ونوت العدد ، وقع ما نوياه .

فلو نوى أحدهما عدداً ، والآخر عدداً آخر ، وقع الأقل . ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فطلقت واحدة أو ثنتين ، وقع ما أوقعته . ثم إن أوقعت واحدة فراجعها في الحال . قال البغوي في الفتاوى : لها أن تطلق ثانية وثالثة ، لأنه لا فرق بين أن تطلق الثلاث دفعة ، وبين قولها : طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة ، فلا يقدح تخلل الرجعة بين الطلقتين . ولو قال : طلقي واحدة ، فقالت : طلقت ثلاثاً أو ثنتين ، وقعت واحدة ، والحكم في الطرفين في توكيل الأجنبي كما ذكرنا .

قلت : وحكى صاحب « المهذب » وغيره وجهاً في الوكيل : إذا زاد أو نقص ، لا يقع شيء لأنه متصرف بالإذن ولم يؤذن في هذا . والله أعلم .

ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت ، فطلقت واحدة ، أو قال : واحدة إن شئت ، فطلقت ثلاثاً ، وقعت واحدة كما لو لم يقل : إن شئت . ولو قدَّم ذكر المشيئة على العدد فقال : طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً ، فطلقت واحدة ، أو قال : طلقي إن شئت واحدة ، فطلقت ثلاثاً . قال صاحب « التلخيص » وسائر الأصحاب : لا يقع ، لأن مشيئة ذلك العدد صارت شرطاً في أصل الطلاق ، وبالله التوفيق .

الركن الثالث القصد إلى الطلاق : فيشترط أن يكون قاصداً لحروف الطلاق بمعنى الطلاق ، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه ، ويختل القصد بثلاثة أسباب .

الأول : أن لا يقصد اللفظ ، كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانه . ولو استيقظ نائم ، وقد جرى على لسانه لفظ الطلاق فقال : أجزت ذلك الطلاق أو أوقعته ، فهو لغو[١] .

فرع : من سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته ، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى ، لم يقع طلاقه ، لكن لا تقبل دعواه سبق اللسان في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة[٢] تدل عليه . فإذا قال : طلقتك ، ثم قال : سبق لساني وإنما أردت : طلبتك ، فنص الشافعي رحمه الله تعالى ، أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه . وحكى الروياني عن صاحب « الحاوي » وغيره : أن هذا فيما إذا كان الزوج متهماً . فأما إن ظنت صدقه بإمارة ، فلها أن تقبل قوله ولا تخاصمه . وأن من سمع ذلك منه إذا عرف الحال ، يجوز أن يقبل قوله ولا يشهد عليه . قال الروياني : وهذا هو الاختيار . ولو كانت زوجته تسمى طالقاً ، وعبده يسمى حراً ، فقال لها : يا طالق[٣] ، وله : يا حر ، فإن قصد النداء ، فلا طلاق ولا عتق[٤] . وإن قصد الطلاق والعتق ، حصلا . وإن أطلق ولم ينو شيئاً ، فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان . أصحهما : على النداء وبه

---

(١) لخبر : رفع القلم عن ثلاث ، وذكر منها النائم .

(٢) كأن دعاها بعد طهرها من الحيض إلى فراشه وأراد أن يقول : أنت الآن طاهرة فسبق لسانه ، فقال : أنت اليوم طالقة ، وسيأتي في صور سبق اللسان .

(٣) بضم القاف ، كذا بخط المصنف رحمه الله .

(٤) جزماً لأنه حرفه عن معناه وكونها اسمها كذلك قرينة تسوغ تصديقه .

قطع البغوي . ولو كان حروف اسم امرأته تقارب حروف طالق ، كطالع وطالب ، وطارق ، فقال : يا طالق ، ثم قال : أردت أن أقول : يا طارق ، أو يا طالع فالتف الحرف بلساني ، قبل قوله في الظاهر لظهور القرينة .

ومن صور سبق اللسان ، ما إذا طهرت من الحيض أو ظن طهرها ، فأراد أن يقول : أنت الآن طاهرة ، فسبق لسانه ، فقال : أنت الآن طالقة .

فرع : المبرسم والمغمى عليه كالنائم .

فرع : الحاكي لطلاق غيره ، كقوله : قال فلان : زوجتي طالق . والفقيه إذا كرر لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه وتكراره ، لا طلاق عليه .

فرع : قال : أنت طالق عن العمل . قال البوشنجي : لا يقع الطلاق لا ظاهرا ولا باطناً .

فصل : الطلاق والعتق ينفذان من الهازل[1] ظاهراً وباطناً ، فلا تديين فيهما ، وينفذ أيضاً النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهزل على الأصح[2] .

وصورة الهزل أن يلاعبها بالطلاق بأن تقول في معرض الدلال والاستهزاء : طلقني ، فقال : طلقتك ، فتطلق ، لأنه خاطبها قاصداً مختارا ، ولم يصرف اللفظ إلى تأويل ، فلم تدين ، بخلاف من قال : أردت طالق من وثاق .

فصل : خاطب زوجته بالطلاق في ظلمة أو حجاب ونحوهما وهو يظنها اجنبية ، تطلق عند الأصحاب ، وفيه احتمال للإمام .

وحكى الغزالي في « البسيط » أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئاً فلم

---

(١) والهازل هو من يقصد اللفظ دون معناه .

(٢) لقوله ﷺ : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة .

(أبو داود ، ج ٢ / في الطلاق / باب في الطلاق على الهزل ، حديث ٢١٩٤) .

(والترمذي ٣ / ٤٩٠ في الطلاق / باب ما جاء في الجد والهزل ، حديث ١١٨٤) .

وقال حسن غريب .

(وابن ماجه ١ / ٦٥٨ في الطلاق / باب من طلق أو نكح ، حديث ٢٠٣٩) .

(والدارقطني في السنن ٤ / ١٨ ، حديث ٥٠) .

(والحاكم في المستدرك ٢ / ١٩٧ ـ ١٩٨ في الطلاق) .

يعطوه ، فقال متضجراً منهم : طلقتكم ثلاثاً ، وكانت زوجته فيهم وهو لا يعلم ، فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق . قال : وفي القلب منه شيء .

ولك أن تقول : ينبغي أن لا تطلق ، لأن قوله : طلقتكم لفظ عام وهو يقبل الاستثناء بالنية ، كما لو حلف لا يسلم على زيد[1] ، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه ، لم يحنث . وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم ، كان مقصوده غيرها .

قلت : هذا الذي قاله إمام الحرمين والرافعي ، كلاهما عجب منهما ، أما العجب من الرافعي ، فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد ، لأنه هناك علم به واستثناه ، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها ، واللفظ يقتضي الجميع إلا ما

(١) فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه ، لم يحنث . وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم كان مقصوده غيرها ، قال من زيادته : هو الذي قاله إمام الحرمين والرافعي كلاهما عجب منهما ، أما العجب من الرافعي فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد لأنه هناك علم به واستثناه وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها .

أما العجب من الإمام فلأنه يقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه ، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق وأيضاً فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل ، وقوله طلقتكم : خطاب رجال لا تدخل امرأته فيه بغير دليل فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته لا لما ذكره الرافعي ، هذا ما تقتضيه الأدلة .

قال الشيخ البلقيني : عجب من المصنف أيضاً في هذا التخريج فلا خلاف في أن النساء لا يدخلن في حطاب الرجال محله إذا لم يكن هناك ما يقتضي بوجه الخطاب المجموع الحاضر ، فأما إن كان هناك ما يقتضي توجه الخطاب للحاضرين توجه للكل وإن كان فيهم الإناث ولم يصر أحد من المفسرين إلى إخراج حواء من خطاب اهبطوا ، وقال الآمدي في الأحكام مقرر المذهب التناول ، ولذلك لا يحسن أن يقول لجماعة فيهم رجال ونساء قوموا وقمن ، بل لو قال قوموا ، كان ذلك كافياً للأمر للنساء بالفيام ، ولولا دخولهن في جمع المذكر لما كان كذلك ، وحين ذكر جواب الخصوم ، لم يجب عن هذا فكان مثل هذه الأمور متفقاً على الدخول فيها ولا ريب أن من قال لجماعة فيهم نساء هؤلاء قالوا كذا أن الكلام متناول للكل ، وإن قلنا ان خطاب المذكر لا يتناول المؤنث حقيقة ، لكن قرينة الحضور الاشارة بها ولا اقتضت التوجه للكل وهذا في كاف الخطاب أظهر من قاموا وفعلوا ، وحينئذ فلا يصح هذا التخريج ، ولا شك أن من قال أمرت الحاضرين بكذا أن الأمر يترجه لمن حضر ، وإن كان فيهم الإناث ، ومعنى طلقتكم طلقت الحاضرين أو من حضرتم ، ذكر بعد ذلك تحريرين آخرين وحاصلهما عدم وقوع الطلاق لما قرره لا لما قرره الشيخ المصنف ، وأخذ الزركشي كلام شيخه البلقيني وقدم شيئاً وأخر شيئاً والكل كلام الشيخ ولا يخلو من تحامل ، والذي نقله الشيخ أبو حامد في أصوله والروياني في البحر عن نص الشافعي كما قاله الشيخ المصنف .

أخرجه ولم يخرجها . وأما العجب من الإمام ، فلأنه تقدَّم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق ، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه ، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق ، وأيضاً فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم ، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل . وقوله : طلقتكم خطاب رجال ، فلا تدخل امرأته فيه بغير دليل ، فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته ، لا لما ذكره الرافعي ، فهذا ما تقتضيه الأدلة . والله أعلم .

فرع : نسي أن له زوجة ، أوزوّجه أبوه في صغره ، أووكيله في كبره وهو لا يدري فقال : زوجتي طالق ، أو خاطبها بالطلاق ، طلقت ، نص عليه الشافعي رحمه الله . وهذا في الظاهر . وفي نفوذه باطناً وجهان بناهما المتولي على الابراء عن المجهول . إن قلنا : لا يصح ، لم تطلق باطناً[1] .

فرع : إذا لقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها ، فقالها وهو لا يعرفها ، لم يقع طلاقه . قال المتولي : هذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط . فإن كان لم يصدق في الحكم ويُدَّينُ باطناً . وإذا لم يقع الطلاق فقال : أردت بهذه اللفظة معناها بالعربية ، لم يقع على الأصح .

ولو قال : لم أعلم أن معناها قطع النكاح ، ولكن نويت بها الطلاق ، وقصدت قطع النكاح ، لم يقع الطلاق ، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها ، وقال : أردت الطلاق .

السبب الثاني : الإكراه . التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه بغير حق ، باطلة سواء الردة والبيع ، وسائر المعاملات والنكاح ، والطلاق والاعتاق وغيرها ، وأما ما حمل عليه بحق ، فهو صحيح[2] ، فيحصل من هذا أن إسلام المرتد

---

(١) لم يصرح بترجيح . لكن قضية البناء المذكور عدم الوقوع باطناً .
قال في الخادم : لكن قضية كلام الروياني أن المذهب الوقوع باطناً .

(٢) قال في الخادم : يرد على إطلاقه إلغاء تصرفه القولي صور :
منها : الإكراه على الكلام في الصلاة فإنها تبطل على الأظهر .
ومنها : ما لو أكرهه على طلاق زوجة نفسه أو بيع عبده أو عتقه ، فإنه ينفذ على الأصح كما سيأتي في كلام الشيخ ، والذي ذكره الشيخان طلق زوجتي وما بعده مقاس عليه ، قاله ـ أي صاحب الخادم ـ =

والحربي مع الاكراه ، صحيح ، لأنه بحق ، ولا يصح إسلام الذمي مكرهاً على الأصح ، والمؤلي بعد مضي المدة إذا أطلق بإكراه القاضي ، نفذ لأنه بحق ، أو لأنه ليس بحقيقة إكراه ، فإنه لا يتعين الطلاق . قال المتولي : هذا في الطلقة الواحدة ، وأما إذا أكرهه الإمام على ثلاث طلقات فتلفظ بها ، فإن قلنا : لا ينعزل بالفسق ، وقعت واحدة ولغت الزيادة . وإن قلنا : ينعزل ، لم يقع شيء كما لو أكرهه غيره ، وثبت التحريم بالرضاع مع الاكراه ، وفي امتناع القصاص وحد الزنا في حق الرجل بالإكراه خلاف في موضعه .

فصل : إنما يندفع الطلاق بالاكراه ، إذا لم يظهر ما يدل على اختياره . فإن ظهر بأن خالف المكره ، وأتى بغير ما حمله عليه ، حكم بوقوع الطلاق ، ولذلك صور منها أن يكرهه على طلقة فيطلق ثلاثاً ، أو على ثلث ، فيطلق واحدة ، أو على طلاق زوجتين ، فيطلق إحداهما ، أو على أن يطلق بصريح ، فطلق بكناية أو بصريح آخر ، أو بالعكس ، أو على تنجيز الطلاق فعلقه ، أو بالعكس ولا[1] عبرة بالاكراه في كل هذه الصور ، ويقع ما أتى به .

ولو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه ، فطلق واحدة بعينها ، وقع على المذهب لأنه مختار في تعيينها . وحكى المتولي فيه خلافاً ، ولو أكرهه على طلاق زوجة فطلق زوجتين ، نظر إن قال له : طلق زوجتك حفصة ، فقال لها ولضرتها عمرة : طلقتكما ، طلقتا ، لأنه عدل عن كلمة الاكراه . وإن قال : طلقت حفصة وعمرة ، أو : وطلقت عمرة ، أو حفصة طالق وعمرة طالق ، طلقت عمرة ولم تطلق حفصة ، هكذا فصله البغوي والمتولي وغيرهما ، ولم يفصل الإمام بين العبارتين ، بل أطلق عن الأصحاب الحكم بوقوع الطلاق على الضرتين . قال : وفيه احتمال ، إذ لا يبعد أن يكون مختاراً في طلاق عمرة .

فرع : الاكراه على تعليق الطلاق ، يمنع انعقاده ، كما يمنع نفوذ التنجيز .

= ويمكن أن يقال لا حاجة للتقسيم في الاكراه بين الحق والباطل والظاهر جريان كلام الأقدمين على حاله من غير استثناء ، ويقال إن تصرف المكره باطل عملاً بقوله ﷺ : « وما استكرهوا عليه » ، ولم يقل : « بغير حق » . انتهى ما أردته منه .

(١) في « ط » : فلا .

فرع : إن ورى المكره بأن قال : أردت بقولي : طلقت فاطمة غير زوجتي ، أو نوى الطلاق من وثاق ، أو قال في نفسه : إن شاء الله تعالى ، لم يقع الطلاق . وإذا ادعى التورية ، صدق ظاهراً في كل ما كان يدين فيه عند الطواعية .

وإن ترك التورية ، نظر إن كان غبياً لا يحسن التورية ، لم يقع طلاقه أيضاً ، وإن كان عالماً وأصابته دهشة بالاكراه وسل السيف ، فكذلك . وإن لم تصبه دهشة ، فوجهان . أحدهما : يقع طلاقه ، وهو اختيار القفال والغزالي ، لإشعاره بالاختيار ، وأصحهما : لا ، لأنه مجبر على اللفظ . ولا نية تشعر بالاختيار .

ولو قصد المكره إيقاع الطلاق ، فوجهان . أحدهما : لا يقع ، لأن اللفظ ساقط بالاكراه ، والنية لا تعمل وحدها . وأصحهما : يقع لقصده بلفظه . وعلى هذا ، فصريح لفظ الطلاق عند الاكراه ، كناية ، إن نوى وقع ، وإلا فلا .

فرع : قال : طلق زوجتي وإلا قتلتك ، فطلقها وقع على الصحيح ، لأنه أبلغ في الإذن . وقيل : لا يقع لسقوط حكم اللفظ بالاكراه . كما لو قال لمجنون : طلقها فطلق .

فرع : الوكيل في الطلاق إذا أكره على الطلاق قال أبو العباس الروياني : يحتمل أن يقال : يقع لحصول اختيار المالك ، ويحتمل أن لا يقع ، لأنه المباشر . قال : وهذا أصح .

فصل في بيان الاكراه : يشترط فيه كون المكره غالباً قادراً على تحقيق ما هدده به ، بولاية ، أو تغلب ، وفرط هجوم ، وكون المكره مغلوباً عاجزاً عن الدفع بفرار أو مقاومة ، أو استعانة بغيره ، ويشترط أن يغلب على ظنه أنه إن امتنع مما أكرهه عليه ، أوقع به المكروه . وقال أبو إسحاق المروزي : لا إكراه إلا بأن ينال بالضرب والصحيح الذي قطع به الجمهور ، عدم اشتراط تنجيز الضرب وغيره ، بل يكفي التوعد .

وفيما يكون التخويف به إكراهاً ، سبعة أوجه .

أحدها : القتل فقط . حكاه الحناطي والإمام .

والثاني : القتل ، أو قطع طرف ، أو ضرب يخاف منه الهلاك ، قاله أبو إسحاق .

والثالث : قاله ابن أبي هريرة وكثيرون : أنه يلحق بما سبق أيضاً الضرب الشديد ، والحبس ، وأخذ المال ، وإتلافه ، وبهذا قال أبو علي في « الافصاح » وزاد عليه فقال : لو توعده بنوع استخفاف ، وكان الرجل وجيهاً يغض ذلك منه ، فهو إكراه . قال هؤلاء : فالضرب والحبس والاستخفاف ، يختلف باختلاف طبقات الناس وأحوالهم[1] . والتخويف بالقتل والقطع وأخذ المال ، لا يختلف . وقال الماسرجسي : يختلف بأخذ المال ، فلا يكون تخويف الموسر بأخذ خمسة دراهم منه إكراهاً . قال الروياني : هذا هو الاختيار ، فهذه الأوجه هي الموجودة للمتقدمين من العراقيين وغيرهم . وأصحها : الثالث : وصححه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما .

والرابع : أن الاكراه لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك ، ولا يبالي ، فعلى هذا الحبس ليس بإكراه . وكذا التخويف بالايلام الشديد . قال الإمام : لكن لو فوتح به ، احتمل جعله إكراهاً .

والخامس : لا يشترط سقوط الاختيار ، بل إذا أكرهه على فعل يؤثر العاقل الاقدام عليه حذراً مما تهدده به ، حصل الاكراه . فعلى هذا ، ينظر فيما طلبه منه وما هدده به ، فقد يكون الشيء إكراهاً في مطلوب دون مطلوب ، وفي شخص دون شخص . فإن كان الاكراه على الطلاق ، حصل بالقطع وبالتخويف بالحبس الطويل ، وبتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملأ ، وتسويد الوجه والطوف به في السوق . وقيل : لا يكون التخويف بالحبس وما بعده إكراهاً ، وطرد هذا الخلاف في التخويف بقتل الولد والوالد ، والصحيح في الجميع ، أنه إكراه . والأصح أن التخويف بإتلاف المال ليس إكراهاً على هذا الوجه ، وإن كان الاكراه على قتل فالتخويف بالحبس ، وقتل الولد ، وإتلاف المال ليس إكراهاً . وإن كان الاكراه على

---

(١) فقد يكون إكراهاً في شخص دون آخر وفي سبب دون آخر ، فالحبس في الوجيه إكراه وإن قل ، كما قاله الأذرعي . والضرب اليسر في أهل المروءات إكراه أيضاً .

إتلاف مال ، فالتخويف بجميع ذلك إكراه . وقيل : لا يكون التخويف بإتلاف المال إكراهاً في إتلاف المال .

الوجه السادس : أن الاكراه إنما يحصل بالتخويف بعقوبة تتعلق ببدن المكره ، بحيث لو حققها تعلق به قصاص ، فيخرج عنه ما لا يتعلق ببدنه ، كأخذ المال وقتل الوالد والولد ، والزوجة ، والضرب الخفيف ، والحبس المؤبد ، إلا أن يخوفه بحبس في قَعْر بئر يغلب منه الموت . واختار القاضي حسين هذا .

الوجه السابع : لا يحصل الاكراه إلا بعقوبة شديدة تتعلق ببدنه ، فيدخل فيه القتل والقطع ، والضرب الشديد ، والتجويع والتعطيش ، والحبس الطويل ، ويخرج ما خرج عن الوجه السادس ، ويخرج عنه التخويف بالاستخفاف بإلقاء العمامة والصفع ، وما يخل بالجاه . واستبعد الإمام من هذا الوجه ، دخول الحبس وخروج قتل الولد ، وأما التخويف بالنفي عن البلد ، فإن كان فيه تفريق بينه وبين أهله ، فكالحبس الدائم ، وإلا فوجهان . أصحهما : إكراه ، لأن مفارقة الوطن شديدة ، ولهذا جعلت عقوبة للزاني ، وجعل البغوي التخويف باللواط ، كالتخويف بإتلاف المال ، وتسويد الوجه . وقال : لا يكون ذلك إكراهاً على القتل والقطع . وفي كونه إكراهاً في الطلاق والعتاق وإتلاف المال وجهان .

قلت : الأصح من هذا الخلاف المنتشر ، هو الوجه الخامس ، لكن في بعض تفصيله المذكور نظر . فالاختيار أن يقال : الاكراه . والله أعلم .

فرع : لا يحصل الاكراه بالتخويف بعقوبة آجلة كقوله : لأقتلنك غداً ، ولا بأن يقول : طلق امرأتك وإلا قتلت نفسي ، أو كفرت ، أو أبطلت صومي أو صلاتي .

ولا بأن يقول مستحق القصاص : طلق امرأتك ، وإلا اقتصصت منك .

فرع : لو أخذه السلطان الظالم بسبب غيره وطالبه به فقال : لا أعرف موضعه ، أو طالبه بماله فقال : لا شيء له عندي ، فلم يخله حتى يحلف بالطلاق فحلف به كاذباً ، وقع طلاقه ذكره القفال وغيره ، لأنه لم يكرهه على الطلاق ، وإنما توصل بالحلف إلى ترك المطالبة ، بخلاف ما إذا قال له اللصوص : لا نخليك حتى تحلف أن لا تذكر ما جرى ، فحلف ، لا يقع طلاقه إذا ذكره ، لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق هنا .

فرع : تلفظ بطلاق ثم قال : كنت مكرهاً وأنكرت ، لم يقبل قوله إلا أن يكون محبوساً[١] ، أو كان هناك قرينة أخرى .

ولو قال : طلقت وأنا صبي ، أو نائم ، فقال أبو العباس الروياني : يُصَدَّق بيمينه .

قال : ولو طلق في المرض ، وقال : كنت مغشياً علي ، لم يقبل إلا ببينة على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت .

قلت : هذا الذي قاله في النائم ، فيه نظر[٢] . والله أعلم .

---

(١) قضيته قوله وأنكرت أنها لو صدقته لا يقع الطلاق وهو مع وضوحه ذكره قاضي القضاة جلال الدين البلقيني ، قال في الخادم : ومن الحوادث أن امرأة سألت زوجها طلاقها بعوض فطلقها عليه مختاراً ثم ادعت أنها مكرهة فظهرت قرائن تصدقها ورفعت هذه لبعض الحكام والمعتبرين فحلفها على الاكراه وجعل الطلاق بائناً لأن الزوج يكذب وقبل قولها في المال فلم يلزمها به وأشار على الزوج بالرجعة وتجديد العقد .

وفي فتاوى القاضي حسين : طلقها ثلاثاً ثم قال : قلت إن شاء الله تعالى ، فقالت : لم تقل ، فمن المصدق بيمينه ينبغي على تبعيض الاقرار ، فإن قلنا لا يتبعض صدق بيمينه وإلا صدقت فتحلف بالله تعالى أنه لم يقل إن شاء الله تعالى .

قال في القوت : وسكت عن من ادعى عليه أنه طلق ثلاثاً فأنكر فقامت بينة بتلفظه بذلك فقال : استثنيت عقبه ، فقالت : البينة للحاكم وقد سألها عن ذلك لم يتلفظ عقبه فاستخرت الله تعالى وأفتيت بالوقوع وعدم قبول قوله لأنه يفي يحيط به العلم .

(٢) قال الشيخ البلقيني ما نقله عن الروياني هو إذا لم يعهد منه الغيبة في مرضه ، فأما إذا عهد منه ذلك ولم تقم البينة إلا بالتلفظ بالطلاق خاصة من غير معرفة الحال ، فالقول قوله في ذلك بيمينه كما لو قال طلقت وأنا مجنون وكان قد عهد إلى جنون ، أو قال ضمنت والمنقول في الضمان ما قررناه . انتهى .

قال في المهمات وهو عجيب منهما ـ يعني الشيخين ـ فقد ذكرا في كتاب الايمان أن من ادعى عدم القصد في الطلاق والعتاق لا يصدق في الظاهر لتعلق حق الغير به .

قال في الخادم : لا حاجة لنقله من كتاب الايمان ، فقد ذكراه هنا حتى في المنهاج ثم دعوى سبق اللسان غير دعوى النوم ، فإن ذلك في الصادر من المكلف باتفاقهما وها هنا فيما إذا أنكر هو وجود التكليف ، ولهذا جزم الماوردي هنا بالتصديق مع موافقته على المذكور في الايمان فقال : ولو اختلفا ، فقالت : كنت أهلاً وقت الطلاق وإنما تجاننت وتغاشيت أو تغامضت وتناومت ، فقال : بل كنت لذلك ، صدق بيمينه .

ومما يؤيد نظر النووي ما ذكره هو والرافعي في أواخر اللعان ، لو قال جرى القذف على لساني وأنا نائم ، لم يقبل لبعده .

السبب الثالث احتلال العقل : فمن طلق وهو زائل العقل بسبب غير متعد فيه ، كجنون أو إغماء ، أو أوجر خمراً ، أو أكره على شربها ، أو لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر ، أو شرب دواءً يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك ، لم يقع طلاقه . ولو تعدى بشرب الخمر فسكر ، أو بشرب دواء يجنن لغير غرض صحيح فزال عقله فطلق ، وقع طلاقه على المذهب المنصوص في كتب الشافعي رحمه الله . وحكي قول قديم ، فأثبته الأكثرون ، ومنعه الشيخ أبو حامد . وممن قال : لا يقع : المزني ، وابن سريج ، وأبو سهل الصعلوكي ، وابنه سهل ، وأبو طاهر الزيادي وقيل : لا يقع في شرب الدواء المذكور . وإن وقع في السكر .

واختلفوا في محل الخلاف ، فالصحيح أن القولين جاريان في أقواله وأفعاله كلها ، ما له وما عليه . وقيل : إنهما في أقواله كلها ، كالطلاق والعتاق ، والإسلام والردة ، والبيع والشراء وغيرها .

وأما أفعاله ، كالقتل والقطع وغيرهما ، فكأفعال الصاحي قطعاً لقوة الأفعال . وقيل : هما في الطلاق والعتاق والجنايات ، ولا يصح بيعه وشراؤه قطعاً ، لأن العلم شرط في المعاملات . وقيل : هما فيما هو له كالنكاح والإسلام ، أما ما عليه كالطلاق والاقرار والضمان ، أو له وعليه ، كالبيع والاجارة ، فيصح قطعاً تغليظاً عليه .

فرع : اختلفت العبارات في حد السكران ، فعن الشافعي رحمه الله : أنه الذي اختل كلامه المنظوم . وانكشف سره المكتوم . وعن المزني : أنه الذي لا يفرق بين الأرض والسماء ، وبين أُمه وامرأته . وقيل : الذي يفصح بما كان يحتشم منه . وقيل : الذي يتمايل في مشيته ويهذي في كلامه . وقيل : الذي لا يعلم ما يقول . وعن ابن سريج وهو الأقرب : أن الرجوع فيه إلى العادة . فإذا انتهى تغيره إلى حاله يقع عليه اسم السكر ، فهو المراد بالسكران . ولم يرضَ الإمام هذه العبارات . قال : ولكن شارب الخمر تعتريه ثلاثة أحوال .

إحداها : هزةٌ ونشاط يأخذه إذا دبت الخمرة فيه ولم تستول بعد عليه ، ولا يزول العقل في هذه الحالة ، وربما احتد .

والثانية : نهاية السكر ، وهو أن يصير طافحاً ، ويسقط كالمغشي عليه ، لا يتكلم ولا يكاد يتحرك .

والثالثة : حالة متوسطة بينهما . وهي أن تختلط أحواله ، فلا تنتظم أقواله وأفعاله ، ويبقى تمييز وفهم كلام ، فهذه الثالثة سكر . وفي نفوذ الطلاق فيها الخلاف المذكور . وأما الحالة الأولى ، فينفذ طلاقه فيها بلا خلاف ، لبقاء العقل وانتظام القصد والكلام . وأما الحالة الثانية ، فالأصح عند الإمام والغزالي ، أنه لا ينفذ طلاقه إذ لا قصد له ، ولفظه كلفظ النائم ، ومن الأصحاب من جعله على الخلاف ، لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة ، وهذا أوفق لإطلاق الأكثرين .

الركن الرابع : المحل وهو المرأة . فإن أضاف إلى كلها فقال : طلقتك ، فذاك . وكذا لو قال : جسمك ، أو جسدك ، أو شخصك ، أو نفسك ، أو جثتك ، أو ذاتك طالق ، طلقت .

ولو أضاف إلى بعضها شائعاً ، طلقت أيضاً ، سواء أبهم فقال : بعضك أو جزءك طالق ، أو نص على جزء معلوم كالنصف والربع ، واحتجوا لذلك بالاجماع وبالقياس على العتق ، فقد ورد فيه « من أعتق شقصاً . . . » .

ولو أضاف إلى عوض معين ، طلقت سواء كان عضواً باطناً كالكبد والقلب والطحال ، أو ظاهراً كاليد ، سواء كان مما يفصل في الحياة كالشعر والظفر ، أم لا كالاصبع ، والاصبع الزائدة كالأصلية . وحكى الحناطي قولاً ضعيفاً في الشعر ، كما لا ينقض الوضوء ، ولا شك في اطراده في السن والظفر .

قلت : بينهما فرق ظاهر ، فإن اتصال السن آكد من الشعر . وأما اشتراكهما في نقض الوضوء وعدمه ، فلعدم الاحساس ، ولأنهما جزءان ، فأشبها اليد . والله أعلم .

وإن أضاف إلى فضلات البدن كالريق ، والعرق ، والمخاط ، والبول ، أو إلى الأخلاط كالبلغم ، والمرتين لم تطلق على الصحيح . وحكى الحناطي والإمام وجهاً : وإن أضاف إلى اللبن والمني ، لم تطلق على الأصح ، لأنهما متهيئان للخروج كالبول .

ولو قال : جنينك طالق ، لم تطلق على المذهب . ونقل الإمام فيه الاتفاق ، وحكى أبو الفرج الزاز فيه وجهين ، وأبعد منه وجهان حكاهما الحناطي في قوله : الماء أو الطعام الذي في جوفك طالق .

ولو أضاف إلى الشحم ، طلقت على الأصح ، وإلى الدم ، تطلق على المذهب .

ولو أضاف إلى معنى قائم بالذات ، كالسمن والحسن ، والقبح والملاحة[1] ، والسمع والبصر ، والكلام والضحك ، والبكاء والغم ، والفرح ، والحركة والسكون ، لم تطلق . وحكى الحناطي وجهاً في الحسن والحركة ، والسكون والسمع والبصر والكلام ، وهذا شاذ ضعيف ، ثم الوجه التسوية بينهما وبين سائر الصفات . ولو قال : ظلك ، أو طريقك ، أو صحبتك ، أو نفسك بفتح الفاء ، أو اسمك طالق ، لم تطلق . قال المتولي : إلا أن يريد بالاسم ذاتها ووجودها ، فتطلق . ولو قال : روحك طالق ، طلقت على المذهب . وحكى أبو الفرج الزاز فيه خلافاً مبنياً على أن الروح جسم أو عرض . ولو قال : حياتك طالق ، فقال جماعة ، منهم الامام والغزالي : تطلق . وقال البغوي : إن أراد الروح ، طلقت ، وهذا فيه إشعار بأنه إن أراد المعنى القائم بالحي ، لا تطلق كسائر المعاني ، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز ، ويشبه أن يكون الأصح عدم الوقوع[2] .

فرع : إذا أضاف الطلاق إلى جزءٍ أو عضو معين ، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان . أحدهما : يقع على المضاف إليه ، ثم يسري إلى باقي البدن ، كما يسري العتق . والثاني : يجعل المضاف إليه عبارة عن الجملة ، لأنه لا يتصور الطلاق في المضاف إليه وحده ، بخلاف العتق ، ولأنه لو قال : أنت طالق نصف طلقة ، جعل ذلك عبارة

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لم يتعرض المصنف ولا أصله لماذا قال عقلك طالق وقد استفتيت عن هذه المسألة وأفتيت فيها بأنه لا يقع طلاق لأن الأصح عند أهل الكلام والفقه أن العقل عَرَض وليس بجوهر .

(٢) قال في الخادم : ما ذكره من أنها معنى هو الصحيح ، ولكن اختلفوا فذهب الإمام فخر الدين إلى أن الحياة قوة النفس والحركة ، واعتدال المزاج ، وهو رأي بعض الفلاسفة والذي عليه أئمتنا أنها معنى زائد على ذلك به يستعد العضو لقبول الحسن والحركة فهي عرض على كل قول ، ولهذا لا تطلق .

عن طلقة . ولا يقال : يقع نصف طلقة ثم يسري ، ويشبه أن يكون الأول هو الأصح .

وتظهر فائدة الخلاف في صور .

منها : إذا قال : إن دخلت الدار فيمينك طالق ، فقطعت يمينها ، ثم دخلت ، إن قلنا بالثاني ، طلقت ، وإلا ، فلا .

ولو قال لمن لا يمين لها : يمينك طالق ، فطريقان . أحدهما : التخريج على هذا الخلاف . وأصحهما : القطع بعدم الطلاق . وبه قال القاضي حسين ، والإمام ، لأنه وإن جعل البعض عبارة عن الكل ، فلا بد من وجود المضاف إليه لتنتظم الاضافة . فإذا لم يكن ، لغت الاضافة ، كما لو قال لها : لحيتك أو ذكرك طالق . قال الإمام : وهذا يجب أن يكون متفقاً عليه .

ومنها : قال المتولي : القول بعدم الطلاق في قوله : حسنك أو بياضك طالق مبني على القول بالسراية ، لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات .

أما إذا جعلنا البعض عبارة عن الجملة ، فيجعل الصفة عبارة عن الموصوف .

قلت : هذا الذي قاله ضعيف ، مخالف للدليل ولإطلاق الأصحاب . والله أعلم .

ومنها : لو قال لأمته : يدك أم ولدي ، أو قال لطفل التقطه : يدك ابني ، قال المتولي : إن جعلنا البعض عبارة عن الجملة ، كان إقراراً بالاستيلاد أو النسب ، وإلا فلا .

فرع : لو أضاف العتق إلى يد عبده أو رأسه ، ففيه الوجهان . وإن أضافه إلى جزء شائع ، قال الإمام : المذهب تقدم السراية ، لأن العبد يمكن تبعيض العتق فيه ، ووقوعه عليه بخلاف الطلاق . وقيل : فيه الوجهان . لأن إعتاقه بعض عبده غير متصور[1] .

---

(١) قال من زيادته : يتصور فيما إذا أعتق عبده المرهون وهو موسر بقيمة بعضه وقلنا بالأظهر انه ينفذ عتق الموسر

قال في الخادم : يتصور أيضاً في صور :

قلت : يتصور فيما إذا أعتق عبده المرهون وهو موسر بقيمة بعضه وقلنا بالأظهر : إنه ينفذ ، عتق الموسر . والله أعلم .

فرع : لو أشار إلى عضو مبان ، ووصفه بالطلاق ، لم تطلق . ولو فصلت أذنها ثم ألصقت فالتحمت ، أو سقطت شعرة ثم ثبتت في موضع آخر ونمت ، فأضاف الطلاق إليها ، لم تطلق المرأة على الأصح .

قلت : قوله : في موضع آخر اتبع فيه الغزالي وليس هو شرطاً ، فلو ثبتت في موضعها ، كان كذلك ، ثم إن مسألة الشعرة قل أن توجد في غير « الوسيط » بخلاف مسألة الاذن ، فإنها مشهورة بالوجهين ، لكن أنكر إمام الحرمين تصورها في العادة ، ولا امتناع في ذلك . والله أعلم .

فصل : قال لزوجته : أنا منك طالق ، ونوى إيقاع الطلاق عليها ، طلقت . وإن لم ينو إيقاعه عليها ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور : أنها لا تطلق ، وقيل : تطلق قاله أبو إسحاق ، واختاره القاضي حسين . فعلى هذا ، لا بد من نية أصل الطلاق لأن اللفظ كناية لكونه أضيف إلى غير محله . وأما على الأول ، فمتى نوى إيقاعه

= إحداها : أن يكون نصفه مرهوناً ونصفه غير مرهون ، ويكون الراهن معسراً ، فإذا أعتق النصف الذي ليس بمرهون تبعض ، وهو كله له وهذا من كلام شيخه .

الثانية . إذا كان العبد مشتركاً بين اثنين فجنى جناية توجب مالاً متعلقاً برقبة ثم فداه أحدهما ثم اشتراه الذي لم يفد وعتقه وهو غير موسر ، فإنه يعتق ما لم يتعلق به حق المحني عليه .

وهذه الصورة من كلام شيخه البلقيني .

الثالثة : ما لو وكل وكيلاً في عتق عبد فأعتق الوكيل نصفه ، فالأصح أنه يعتق نصفه فقط ، وقيل يسري وقيل لا يعتق من كذا . ذكره في الروضة في باب العتق ، ويتعجب مه كيف لم يستحصره هنا وتكلف التصوير بما فيه عسر وأخذ هذه الصورة أيضاً من كلام شيخه البلقيني وفي هذه الصورة نظر لأن الكلام في سيد يباشر عتق البعض ، والمباشر هنا إنما هو الوكيل على أن الشيخ البلقيني يرجح عتق الكل في هذه الصورة ، ثم قال .

الرابعة · إذا ملك نصف عبد ونصفه الآخر موقوف فأعتق صاحب النصف نصيبه ، فإنه لا يسري إلى الوقف قطعاً ، وفرقوا بين نصيب الشريك بأن نصيب الشريك يتصور إعتاقه بخلافه ، وهذا الذي قاله في الخادم عجيب ، فإن الكلام في مالك جميع العبد وهذه الصورة إنما هو مالك لنصفه خاصة وهذا لا يخفى ثم قال .

الخامسة : إذا باع السيد للعبد بعضه وقلنا انه عقد بيع ، فلا يسري عليه وهذه الصورة أيضاً لا ترد لأن العبد ملك نصف نفسه فعتق النصف الذي ملكه ، فالسيد لم يعتقه ، فليتأمل .

عليها ، كان ناوياً أصل الطلاق .

ولو جرد القصد إلى تطليق نفسه ولم يقتصر على نية أصل الطلاق ، فالمذهب أنه لا يقع قطعاً . وقيل : على الوجهين . ولو قال : أنا منك بائن ، فلا بد من نية أصل الطلاق . وفي نية الاضافة إليها ، الوجهان . وإذا نواها ، وقع ، وهكذا حكم سائر الكنايات ، كقوله : أنا منك خلي أو بريّ .

ولو قال : استبرىء رحمي منك ، أو أنا معتد منك ، أو مستبرىء رحمي ونوى تطليقها ، لم تطلق على الأصح .

فرع : قال لعبده : أنا منك حرٌ ، أو أعتقت نفسي منك ونوى إعتاق العبد ، لم يعتق على الأصح ، بخلاف الزوجية ، فإنها تشمل الجانبين ، والرق مختص بالعبد .

فرع : قال لزوجته : طلقي نفسك ، فقالت : طلقتك أو أنت طالق ، فهو كقوله لها : أنا منك طالق ، وكذا إذا قال لعبده : أعتق نفسك ، فقال : أعْتَقْتُكَ أو أنت حر ، فهو كقول السيد : أنا منك حُرٌ .

الركن الخامس الولاية على المحل : فلو قال لمطلقته الرجعية في عدتها : أنت طالق : طلقت .

والمختلعة لا يلحقها طلاقه ، لا في عدتها ولا بعدها ، ولو قال لأجنبية : إذا نكحتك فأنت طالق ، أو قال : كل امرأة أنكحها فهي طالق ، فنكح ، لم يقع الطلاق على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وهـو الموجـود في كتب الشافعي رحمـه الله تعالى . وقيل : في الوقوع قولان ، حكاهما الحناطي والسرخسي وغيرهما ، وتعليق العتق بالملك ، كتعليق الطلاق بالنكاح بلا فرق . ولو قال : لله عليَّ أن أعتق هذا العبد وهو لأجنبي ، فهو لغو . ولو قال : لله علي أن أعتقه إن ملكته ، فوجهان لأنه التزام في الذمة ، لكن متعلق بملك غيره . وأجرى الوجهان في قوله : إذا ملكت عبد فلان ، فقد أوصيت به لزيد . ولو أرسل الوصية وهو لا يملك شيئاً ، صحت على الصحيح كالنذر . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً ، أنها لا تصح[1] .

---

(١) أرسل الشيخ الوجهين بغير ترجيح وذكر في باب النذر نقلاً عن المتولي أنه يصح على الأظهر ، قال في باب الوصية إن الصحة أفقه وأجرى على قواعد الباب في تعدد الطلاق .

فرع : لو علق العبد الطلقة الثالثة إما مطلقاً بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فعتق ، ثم دخلت الدار ، وإما مقيد بحالة ملك الثالثة بأن قال : إذا عتقت فأنت طالق ثلاثاً ، ففي صحة تعليق الثالثة وجهان . أصحهما : الصحة وبه قطع البغوي ، ويحكم بموجبه لأنه يملك أصل النكاح ، وهو يفيد الطلقات الثلاث بشرط الحرية ، وقد وجد كما أنه لا يملك في حال البدعة طلاق السنة ، ويملك تعليقه . ويجري الوجهان في قوله لأمته : إذا ولدت فولدك حر وكانت حائلاً عند التعليق . فإن كانت حاملاً حينئذ ، عتق قطعاً .

فصل : علق طلاقها بصفة كدخول الدار ، ثم أبانها قبل الدخول أو بعده بعوض أو بالثلاث ، ووجدت الصفة في حال البينونة ثم نكحها ، ثم وجدت الصفة ثانياً ، أو ارتد قبل الدخول ، ثم وجدت الصفة ، ثم أسلم ونكحها ، فوجدت الصفة ثانياً ، لم تطلق على المذهب وبه قطع الأصحاب . وقال الاصطخري : فيه قولان . كما لو لم توجد الصفة حال البينونة ، ولو علق عتق عبده بصفة ، ثم أزال ملكه ثم وجدت الصفة ، ثم اشتراه ، لم يؤثر وجود الصفة بعد ذلك على المذهب ، هذا إذا لم يكن التعليق بصيغة « كلما » فإن كان بها كقوله : كلما دخلت فأنت طالق : فإذا وجدت الصفة في البينونة ، ثم جدد نكاحها ، ففي عود الصفة القولان .

أما إذا لم توجد الصفة حال البينونة ، ثم وجدت بعدما جدد نكاحها ، ففي وقوع الطلاق ثلاثة أقوال . أظهرها : لا يقع . والثاني : يقع . والثالث : إن كانت البينونة بما دون الثلاث ، وقع إلا فلا . وتجري الأقوال في عود الايلاء والظهار .

فإذا قلنا بالأول وكانت الصفة مما لا يمكن إيقاعه في البينونة كقوله : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ، تخلص منها إذا أبانها ثم نكحها ، ولا يقع الطلاق بالوطء في النكاح الثاني ، وبه أجاب القاضي الروياني ، ويوضحه أنه لو قال : إذا بنت مني ونكحتك ، ودخلت الدار فأنت طالق ، أو قال : إن دخلت الدار بعدما بنت مني ونكحتك فأنت طالق ، فالمذهب وبه قال القفال والمعتبرون : لا تطلق بالدخول بعد البينونة ، وغلطوا من خرجه على الخلاف ، وعلى هذا القياس . فلو قال : إن دخلت الدار قبل أن أبينك فأنت طالق ، وإن دخلتها بعدما أبنتك ونكحتك ، فأنت طالق ، صح التعليق الأول ، وبطل الثاني . ولو علق على صفة ثم طلقها رجعية فراجعها ،

ثم وجدت الصفة ، طلقت بلا خلاف لأنه ليس نكاحاً مجدداً ، ولم تحدث حالة تمنع وقوع الطلاق . ولو علق عتق عبد بصفة ، ثم أزال ملكه ببيع أو غيره ، ثم ملكه ، ثم وجدت الصفة ، ففي نفوذ العتق الخلاف في عود اليمين . ثم قيل : هو كالإبانة بالثلاث ، لأن العائد ملك جديد من كل وجه لا تعلق له بالأول ، كالنكاح بعد الثلاث . وقيل : هو كالإبانة بما دون الثلاث وبه قطع البغوي ، لأنه لم يتخلل بين التعليق والصفة حالة تمنع ملكه كما لو لم يتخلل هناك حالة تمنع نكاحه ، وإنما يكون كالإبانة بالثلاث إذا علق ذمي عتق عبده الذمي ، ثم أعتقه فنقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، ثم سبي واسترق ، فملكه سيده الأول ، لأنه تخلل حالة يمتنع فيها الملك وهي حالة الحرب .

فرع : الخلاف في وقوع الطلاق في النكاح الثاني ، يعبر عنه بالخلاف في عود الحنث وبالخلاف في عود اليمين ، لأن على قول لا يتناول اليمين النكاح الثاني ، ولا يحصل الحنث فيه . وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث .

فرع : لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد .

فصل : إذا راجع الرجعية أو بانت منه هي أو غيرها بطلقة او طلقتين ، ثم جدد نكاحها قبل أن تنكح غيره ، أو بعد نكاح ووطء الزوج الثاني ، عادت إليه بما بقي من الطلقات الثلاث .

ولو بانت بالثلاث فنكحها آخر ووطئها وفارقها ، فنكحها الأول ، عادت إليه بالثلاث ، لأنه لا يمكن بناء الثاني على الأول ، لاستغراق الأوا

فصل: الحر يملك ثلاث طلقات على زوجته الحرة ، والعبد لا يملك إلا طلقتين على الحرة والأمة ، والمدبر والمكاتَ . بع غر ، كالقن . ومتى طلق الحر أو العبد جميع ما يملك ، لم لق حتى ينكح زوجاً آخر ، ويطأها ويفارقها كما سبق .

فرع : طلق ذمي زوجته طلقة ، ثم نقض العهد فسبي واسترق ، ونكح بإذن سيده تلك المرأة المطلقة ، ملك عليها ط ظ . لو كان طلقها طلقتين وأراد نكاحها بعد الاسترقاق ، فوجهان . أصح قال ابن الحداد : تحل له ويملك

عليها طلقة ، لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين ، فطريان الرق لا يرفع الحل الثابت . وقيل : لا تحل له لأنه رقيق وقد طلق طلقتين .

ولو طلق العبد طلقة ثم عتق فراجعها ، أو جدد نكاحها بعد البينونة ، ملك عليها طلقتين أخريين ، لأنه عتق قبل استيفاء عدد الرقيق . ولو طلقها طلقتين ، ثم عتق ، لم تحل له على الصحيح .

فرع : طلق العبد زوجته ، طلقتين ، وأعتقه سيده ، فقد ذكرنا أنه إن عتق أولاً ، فله رجعتها وتجديد نكاحها . وإن طلق أولاً ، فلا تحل له إلا بمحلل .

فلو أشكل السابق واعترف الزوجان بالاشكال ، قال ابن الحداد والأكثرون : ليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل . وقيل : تحل رجعتها والتجديد إن بانت ، ولا يفتقر إلى محلل لأن الأصل أن لا تحريم .

ولو اختلفا في السابق ، نظر إن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة ، وقال : عتقت يوم الخميس ، وقالت : بل يوم السبت ، فالقول قولها . وإن اتفقا أن العتق يوم الجمعة وقالت : طلقت يوم السبت فقال : بل يوم الخميس ، فالقول قوله .

وإن لم يتفقا على وقت أحدهما وقال : طلقتك بعد العتق ، وقالت : قبله واقتصر عليه ، فالقول قوله لأنه أعرف بوقت الطلاق .

فرع سبق في التحليل : لو قالت المطلقة ثلاثاً : نكحني زوج وأصابني وانقضت عدتي منه ولم يظن ، صدقها لأن الأولى أن لا ينكحها . وهل يجب عليه البحث عن الحال ؟ قال أبو إسحاق : لا يجب لكن يستحب . وقال الروياني : أنا أقول : يجب في هذا الزمان .

فصل : طلاق المريض في الوقوع ، كطلاق الصحيح . ثم إن كان رجعياً ، بقي التوارث بينهما ما لم تنقض عدتها . فإن مات أحدهما قبل انقضاء عدتها ورثه الآخر ، وبعد انقضائها ، لا يرثه . ولو طلقها في مرض موته طلاقاً بائناً ، ففي كونه قاطعاً للميراث قولان . الجديد : يقطع وهو الأظهر . والقديم ، لا يقطع ، وحجة الجديد انقطاع الزوجية ، ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق . فإن قلنا بالجديد ، فلا إشكال ولا تفريع لوضوح أحكامه . وأما القديم ، فيتفرع عليه مسائل . منها : هل

ترث ما لم تنقض عدتها ، أم ما لم تتزوج ، أم أبداً ؟ فيه أقوال . فإن طلق قبل الدخول سقط القول الأول ، وجرى الآخران .

ولو أبان في مرضه أربع نسوة ، ونكح أربعاً ، ثم مات ، فهل يكون الإرث للأوليات لسبقهن ، أم للأخريات لأنهن الزوجات ، أم يشترك الثمان ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث .

وقال الإمام : وسبب الخلاف ما في توريث الزيادة على الأربع من الاستبعاد . فلو أبان امرأته ونكح أخرى ، فلا وجه إلا توريثهما . ولو أبان واحدة ونكح أربعاً أو بالعكس ، جرى الخلاف ، وإنما ترث المبتوتة على القديم إذا طلقها لا بسؤالها ، فإن طلقها بسؤالها ، أو اختلعت ، أو قال : أنت طالق إن شئت ، فشاءت ، لم ترث على الصحيح . وقال ابن أبي هريرة : ترث وإن طلق بسؤالها . ولو سألته فلم تطلق في الحال ، ثم طلقها أو سألته رجعياً فأبانها ، ورثت لأنه فارّ .

ولو علق طلاقها في المرض بمضي مدة ، أو فعل نفسه ، أو أجنبي ، فهو فارّ وفي الأجنبي وجه .

وإن علق بفعلها ، فإن لم يكن لها منه بد ، كالنوم والقيام والقعود والأكل والشرب والطهارة ، والصلاة والصوم المفروضين ، ففارّ .

قلت : وهذا في الأكل الذي يحتاج إليه . فإن أكلت متلذذة ، أكلاً يضرها فليس بفارّ . قاله الإمام . والله أعلم .

وإن كان لها منه بد ، ففار إن لم تعلم التعليق ، وإلا فلا . ولو علمت ثم نسيت ، ففيه احتمالان للإمام ، والأشبه أنه فارّ .

وإن علق طلاقها في الصحة بصفة لا توجد إلا في المرض كقوله : إذا مرضت مرض الموت ، أو وقعت في النزع فأنت طالق ، ففار : وإن احتمل وجودها في المرض وقبله ، كقوله : إذا جاء غد ، أو قدم زيد ، فأنت طالق ، فجاء أو قدم وهو مريض ، فليس بفار على الأظهر .

ولو فسخ النكاح بعينها أو لاعنها ، فليس بفار . وقيل : إن كان القذف في المرض ، ففار .

قلت : وقيل : إن الفاسخ فار . والله أعلم .

ولو طلق العبد امرأته ، أو الحر زوجته الأمة ، أو المسلم ذمية ، ثم عتق العبد أو الأمة ، أو أسلمت الذمية في العدة ، فلا إرث لأنها لم تكن وارثة يوم الطلاق ، فلا تهمة . وكذا لو أبانها في مرضه بعدما ارتد ، أو ارتدت ثم جمعهما الإسلام في العدة ، لأنها لم تكن وارثة يومئذ . ولو ارتدت بعدما أبانها في المرض ، ثم عادت إلى الإسلام ، فهو فار للتهمة .

ولو قال لزوجته الأمة : أنت طالق غداً ، فعتقت قبل الغد ، أو طلقها وهو لا يعلم أنها عتقت ، فليس بفار . وكذا لو ارتد في المرض قبل الدخول أو بعده وأصر إلى انقضاء العدة ، ثم عاد إلى الإسلام ومات ، لم يكن فاراً على الصحيح ، لأنه لا يقصد بتبديل الدين حرمانها الإرث ، وفيه وجه ضعيف . وقيل بطرده فيما لو ارتدت هي حتى تجعل فارة ، فيرثها الزوج .

ولو أبان مسلمة في المرض ، وارتدت وعادت إلى الإسلام في العدة ، ورثت لأنها بصفة الوارثين يومي الطلاق والموت ، وكذا لو عادت بعد العدة ، إن قلنا : المبتوتة ترث بعد انقضاء العدة .

ولو طلق الأمة في المرض ، وعتقت واختلفا فقالت : طلقني بعد العتق فأرث وقال الوارث : بل قبله فلا إرث ، فالقول قول الوارث بيمينه ، لأن الأصل بقاء الرق .

ولو أرضعت زوجها الصغير في مرض موتها ، فقيل : تجعل فارة فيرثها الزوج ، والصحيح خلافه .

ولو أقر في المرض ، بأنه أبانها في الصحة ، لم يجعل فاراً ويصدق فيما قاله ، وتحسب العدة من يومئذ ، وفيه و. ، للتهمة ، والصحيح الأول . ولو طلق إحدى امرأتيه ، ثم مرض مرض الموت فقال : عنيت هذه ، قبل قوله ، ولم ترث . وإن كان قد أبهم ، فعين في المرض واحدة ، قال إسماعيل البوشنجي : يخرج على أن التعيين إيقاع للطلاق في المعينة ، أم بيان لمحل الطلاق الواقع ؟ إن قلنا : بالثاني ، لم ترث . وإلا فعلى قولي توريث المبتوتة .

قلت : إنما ترث المبتوتة على القديم إذا أنشأ تنجيز طلاق زوجته الوارثة بغير رضاها في مرض مخوف ، واتصل به الموت ومات بسببه . فإن برأ من ذلك المرض ، ثم مات ، لم ترث قطعاً . ولو مات بسبب آخر ، أو قتل : في ذلك المرض ، فقطع صاحب « المهذب » وغيره ، بأنها لا ترث على القديم . وقال صاحب « الشامل » و « التتمة » : ترث . والله أعلم .

الباب الثالث في تعدد الطلاق

فيه أطراف .

الأول[١] : في نية العدد . فإذا قال : طلقتك ، أو أنت طالق ونوى طلقتين ، أو ثلاثاً ، وقع ما نوى وكذا حكم الكناية .

قلت : وسواء في هذا المدخول بها وغيرها . والله أعلم .

ولو قال : أنت طالق واحدة بالنصب ، ونوى طلقتين ، أو ثلاثاً ، فثلاثة أوجه . أصحها : يقع ما نوى صححه البغوي وغيره . والثاني : لا يقع إلا واحدة وصححه الغزالي . والثالث قاله القفال : إن بسط نية الثلاث على جميع اللفظ ، لم تقع الثلاث . وإن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق ، وقع الثلاث ولغا ذكر واحدة .

وإن قال : أردت طلقة ملفقة من أجزاء ثلاث طلقات : وقع الثلاث قطعاً . وحكى الإمام طرد وجه فيه ، لبعد اللفظ والفهم ، والمذهب الأول .

ولو قال : أنت طالق واحدة بالرفع ، فهو مبني على ما إذا قال : أنت واحدة ، بحذف لفظ الطلاق ، ونوى الثلاث ، وفيه وجهان . أصحهما : وقوع ما نواه . والثاني : تقع واحدة فقط .

فرع : قال البغوي : ولو قال : أنت بائن بائنتين أو ثلاث ، ونوى الطلاق ، وقع ثم إن نوى طلقتين أو ثلاثاً فذاك ، وإن لم ينو شيئاً ، وقع الملفوظ به لأن ما أتى به صريح في العدد كناية في الطلاق . فإذا نوى أصل الطلاق ، وقع العدد المصرح به . وإن نوى واحدة ، فوجهان . أحدهما : يقع ما صرح به من طلقتين أو ثلاث .

---

(١) في « ط » : الطرف الأول .

والثاني ، لا يقع إلا واحدة .

فرع : أراد أن يقول لها : أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل تمام قوله : أنت طالق ، لم يقع الطلاق ، وإن ماتت بعد تمامه قبل قوله : ثلاثاً ، فهل يقع الثلاث أم واحدة ، أم لا يقع شيء ؟ ثلاثة أوجه : قال البغوي : أصحها الأول وهو اختيار المزني . وقال إسماعيل البوشنجي : الذي تقتضيه الفتوى ، أنه إن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق وكان قصده أن يحققه باللفظ ، وقع الثلاث وإلا فواحدة ، وهكذا قال المتولي في تعبيره عن الوجه الأول[1] .

وردتها وإسلامها ، إذا لم تكن مدخولاً بها قبل قوله : ثلاثاً ، كموتها ، وكذا لو أخذ شخص على فمه ومنعه أن يقول : ثلاثاً .

ولو قال : أنت طالق على عزم الاقتصار عليه ، فماتت فقال : ثلاثاً ، قال الإمام : لا شك أن الثلاث لا تقع ، وتقع الواحدة على الصحيح .

فرع : اختلفوا في قوله : أنت طالق ثلاثاً ، كيف سبيله ؟ فقيل : قوله : ثلاثاً منصوب بالتفسير والتمييز . قال الإمام : هذا جهل بالعربية ، وإنما هو صفة لمصدر محذوف ، أي : طالق طلاقاً ثلاثاً . كقوله : ضربت زيداً شديداً ، أي : ضرباً شديداً .

---

(١) قال في الخادم : ما قاله البوشنجي من تخصيص الخلاف بما إذا لم يقصد الثلاث باتت طالق ، فمتى وجدت هذه النية مع اللفظ وقعن قطعاً ولا أثر لوقوع ثلاث بعد الموت لأن النية كافية في ذلك هو الصواب المنقول .

وقد صرح به الماوردي فقال : إذا أراد الثلاث بقوله : أنت طالق ثلاثاً وإن لم يردها به لكنه أراد أن يتلفظ بها فأمسك على فيه أو ماتت ، طلقت واحدة باللفظ ومثله ما حكاه في الإبانة عن ابن سريج أنه يقع الثلاث إن قصد الثلاث بقوله : أنت طالق ، وقال القفال في فتاويه : إن قصد إيقاع الثلاث بقوله أنت طالق وأراد أن يقول ثلاثاً على سبيل التفسير ، فها هنا يقع الثلاث . وإن لم يقصد الإيقاع بقوله : أنت طالق ، لكنه أراده بمجموع اللفظين ، لم يقع شيء لأن الطلاق موقوف على آخره كما لو قال عن وثاق وإن دخلت الدار .

وقال الشيخ أبو محمد في الفروق : إذا ماتت بين قوله طالق وبين قوله ثلاثاً ، فالمذهب الصحيح أنه لا يقع شيء إلا أن يقول : نويت ثلاثاً مع قولي أنت طالق مقروناً ثم فسر العبارة بما كان في الضمير فيقع الثلاث إلى آخر ما ذكره وبالجملة ، فما ذكره من أن الصواب ما قاله البوشنجي ظاهر جلي .

فصل : قال : أنت طالق ملء البيت أو البلد أو السماء أو الأرض ، أو مثل الجبل ، أو أعظم من الجبل ، أو أكبر الطلاق بالباء الموحدة ، أو أعظمه ، أو أشده ، أو أطوله ، أو أعرضه ، أو طلقة كبيرة ، أو عظيمة ، لم يقع باللفظ إلا طلقة رجعية .

ولو قال : أنت طالق كل الطلاق أو أكثره ، وقع الثلاث . ولو قال : عدد التراب ، قال الإمام : تقع واحدة . وقال البغوي : عندي يقع الثلاث كما لو قال : عدد أنواع التراب . ولو قال : أنت طالق وزن درهم ، أو درهمين ، أو ثلاثة ، أو أحد عشر درهماً . ولم ينو عدداً لم يقع إلا طلقة . ولو قال : يا مائة طالق ، أو أنت مائة طالق ، نقل البغوي ، والمتولي : أنه يقع الثلاث لأنه في العرف كقوله : أنت طالق مائة . ولو قال : أنت كمائة طالق فهل تقع واحدة أم ثلاث ؟ وجهان[١] . ولو قال : أنت طالق طلقة واحدة ألف مرة ولم ينو عدداً ، لم يقع إلا واحدة كذا[٢] قاله المتولي .

فرع : قال : أنت طالق إن لم ، أو أنت طالق إن ، قال إسماعيل البوشنجي : ينظر إن قصد الاستثناء أو التعليق ، فلم يتمه ، فلا أرى أن يقع طلاقه ، ويصدق إذا فسر به للقرينة الظاهرة ، وإن لم يقصد الاستثناء ولا التعليق ، وقع لأنه لو أتى بالاستثناء بلا نية ، لم يقع ، فهنا أولى .

الطرف الثاني في التكرار : فيه مسائل :

إحداها : قال لمدخول بها : أنت طالق أنت طالق ، نظر إن سكت بينهما سكتة فوق سكتة التنفس ونحوه ، وقع طلقتان ، فإن قال : أردت التأكيد ، لم يقبل ظاهراً ويُدَينُ ، وإن لم يسكت وقصد التأكيد قبل ولم يقع إلا طلقة ، وإن قصد الاستئناف ، وقع طلقتان ، وكذا إن أطلق على الأظهر . ولو قال : أنت طالق طالق ، فقال القاضي حسين : يقع عند الإطلاق طلقة قطعاً وقال الجمهور : لا فرق بين

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح . قال في الخادم : المختار وقوع واحدة ، وقد حكى الرافعي في الفروع المنثورة قبيل النظر الثاني في التعليقات الجزم به عن أبي العباس الروياني ورجحه البندنيجي في المعتمد وأفتى به الحرجاني ومال إليه في الذخائر ونقله العبادي في الطبقات عن أبي علي الثقفي . انتهى ما أردته منه والمعتمد ما أقر إقرار الرافعي أبا العباس عليه .

(٢) في « ط » : كما .

اللفظين . ولو كرر اللفظة ثلاثاً ، وأراد بالآخرتين تأكيد الأولى لم يقع إلا واحدة[1] وإن أراد الاستئناف ، وقع الثلاث وإن أطلق فكذا على الأظهر . ولو قال : قصدت بالثالثة تأكيد الثانية ، وبالثانية تأكيد الأولى ، وبالثالثة الاستئناف ، وقع طلقتان .

ولو قصد بالثالثة تأكيد الأولى ، وقع الثلاث على الأصح ، وقيل : طلقتان ، ولا يقدح هذا الفصل اليسير . وإن قصد بالثانية الاستئناف ، ولم يقصد بالثالثة شيئاً أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئاً ، وقع الثلاث على الأظهر ، وفي قول طلقتان .

ولو قال : أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة ، فهو كقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق على الأصح . وقيل : تقع هنا الثلاث قطعاً ، حكاه الحناطي . ولو قال : أنت طالق ، وطالق وطالق ، وقال : قصدت بالثاني تأكيد الأول ، لم يقبل في الظاهر ، ويجوز أن يقصد بالثالث تأكيد الثاني لتساويهما ، ويجوز أن يقصد به الاستئناف ، وإن أطلق ، فعلى القولين . ولو قال : قصدت بالثالث تأكيد الأول ، لم يقبل . ولو قال : أنت طالق وأنت طالق ، أو أنت طالق بل طالق ، أو أنت طالق ثم طالق ، أو أنت طالق بل طالق بل طالق . فهو كقوله : طالق وطالق وطالق . ولو قال : أنت طالق ، فطالق ، فطالق ، أو أنت طالق ، ثم طالق ثم طالق ، فهو كقوله : طالق وطالق وطالق . ولو قال : أنت طالق وطالق فطالق ، أو أنت طالق ، ثم طالق ، بل طالق ، أو أنت طالق ، فطالق ثم طالق ، تعيَّن الثلاث ولا مدخل للتأكيد لاختلاف الألفاظ . ونص في « الإملاء » ، أنه لو قال : طالق وطالق ، لا بل طالق . وقال : شككت في الثانية ، فاستدركت بقولي : لا بل طالق لأحقق إيقاع الثانية قبل ولم يقع إلا طلقتان ، فجعل الأصحاب المسألة على قولين : أحدهما هذا ، و[illegible] المشهور وظا[illegible] يقبل ويقع الثلاث كسائر الألفاظ

ولو [illegible] وطالق ، بل طالق من غير لفظ « لا » ، فالمذهب [illegible] الثلاث قطعاً كما سبق . وقيل بطرد القولين .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لو كرر اللفظ أربعاً ، فالحكم عندي في ذلك كالحكم في صورة تكريره ثلاثاً ، ولا ينبغي أن يتخيل أن الرابعة يقع بها طلقة لفراغ العدد لأنه إذا صح التأكيد بما يقع لولا قصد التأكيد ، فلأن يؤكد بما لا يقع عند عدم القصد التأكيد أولى .

فرع : قال لها قبل الدخول : أنت طالق طالق ، أو أنت طالق وطالق ، أو طالق فطالق ، أو أنت طـالق ، أنت طالق ، أنت طـالق ، أو أنت طالق بـل طالق وطالق . . لم يقع إلا طلقة لأنها تبين بها ، فلا يقع ما بعدها . وحكي وجه وقول قديم أنه كما لو قال ذلك لمدخول بها على ما سبق ، لأنه كلام واحد فأشبه قوله لها : أنت طالق ثلاثاً ، والمذهب الأول ، لأن قوله : ثلاثاً ، بيان للأول بخلاف هذه الألفاظ .

فرع : قال لمدخول بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطـالق وطالق ، أو قال : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، فدخلت ، وقع الثلاث ، وإن قاله لغير المدخول بها ، فثلاثة أوجه ، أصحها : تقع الثلاث أيضاً إذا دخلت . والثاني : لا يقع إلا واحدة . والثالث : إن قدم الجزاء فقال : أنت طالق وطالق وطـالق إن دخلت الدار . وقع الثلاث . وإن عكس فواحدة . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار ، فأنت طالق إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت ، فإن قصد التأكيد ، وقع طلقة وإن قصد الاستئناف ، وقع الثلاث . وإن أطلق ، فعلى أيهما يحمل ؟ قال البغوي : فيه قولان بناء على ما لو حنث في أيمان بفعل واحد ، هل تتعدد الكفارة ؟ وقال المتولي : يحمل على التأكيد إذا لم يحصـل فصل ، أو حصل واتحد المجلس . فإن اختلف فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان[1] . وإذا حمـل على التأكيد ، فيقع عند الدخول طلقة أم يتعدد ؟ وجهـان بناء على تعـدد الكفارة وعدمه . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق طلقة ، وإن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين ، قال ابن الحداد والأصحاب : تطلق بالدخول ثلاثاً سواء كان مدخولاً بها أم غيرها لأن الجميع يقع دفعة . قال البغوي : وكذا في الصور المتقدمة لا فرق بين المدخول بها وغيرها ، لأن على تقدير التعدد يقع الجميع حال الدخول .

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طالق ، لم يقع بالدخول في غير المدخول بها إلا طلقة لأن « ثم » للتراخي . قال المتـولي : وكذا لـو أخر الشـرط فقال : أنت طالق ، ثم طالق إن دخلت الدار .

المسألة الثانية : قال : أنت طالق طلقة فطلقة ، أو طالق فطالق ، وقع طلقتان

---

(١) قال الشيخ البلقيني : صحح المصنف في الفتاوى أنه إذا أطلق التعليقات حمل على التأكيد ، فتطلق عند الدخول طلقة واحدة .

على المذهب . وقيل : قولان . ولو قال : طلقة بل طلقتين ، وقع الثلاث فإن كانت غير مدخول بها ، بانت بالأولى ولم تقع الزيادة في الصورتين .

المسألة الثالثة : قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة معها طلقة ، أو مع طلقة ، وقع طلقتان . وهل يقعان معاً بتمام الكلام ، أم متعاقبين ؟ وجهان . أصحهما : الأول . فإن قال ذلك لغير المدخول بها ، طلقت على الأول طلقتين ، وعلى الثاني طلقة .

ولو قال : طلقة تحت طلقة ، أو تحتها طلقة ، أو فوق طلقة ، أو فوقها طلقة ، فقال الإمام والغزالي : حكمها حكم « مع » ، وقال المتولي كلاماً يقتضي الجزم بأن غير المدخول بها لا يقع عليها إلا طلقة ، لأن وصف الطلاق بالفوقية والتحتية محال ، فيلغو ويصير كقوله : طالق طالق ، وفي المدخول بها وجه أنه لا يقع إلا واحدة ، كما لا يلزم في الإقرار إلا درهم ، واختاره ابن كج والحناطي . ولو قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة قبل طلقة ، أو بعدها طلقة ، وقع طلقتان . إحداهما بعد الأخرى . ولو كانت غير مدخول بها ، وقعت واحدة وبانت .

ولو قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة بعد طلقة ، أو قبلها طلقة ، وقع طلقتان متعاقبتان على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي كتاب ابن كج وجه أنه لا يقع إلا واحدة ، لاحتمال أن يكون المعنى : قبلها طلقة مملوكة أو ثابتة ، قال : وهذا عند الاطلاق ، ولو قال : أردت ذلك ، صدق بيمينه لا محالة . فإذا قلنا بالصحيح ، ففي كيفية تعاقبهما وجهان . أحدهما : تقع أولاً المنجزة ، ثم المضمنة ، ويلغو قوله : قبلها ، كما لو قال : أنت طالق أمس ، يقع في الحال ، ويلغو قوله : أمس وأصحهما : تقع أولاً المضمنة ، ثم المنجزة ، لأن المعنى يقتضي ذلك ، وليس المراد أن المضمنة تقع قبل تمام اللفظ ، بل يقعان بعد تمام اللفظ ، فتقع المضمنة عقب اللفظ ، ثم المنجزة في لحظة عقبها . فإن قال ذلك لغير المدخول بها ، فأوجه . أصحها : يقع واحدة . والثاني : لا يقع شيء ، والثالث : يقع طلقتان ، ويلغو قوله : قبلها ، ويصير كأنه قال : طلقتين وهو ضعيف ، ولو قال للمدخول بها : أنت طالق طلقة ، قبلها طلقة وبعدها طلقة ، طلقت ثلاثاً . ولو قال : قبلها وبعدها طلقة ، وقع الثلاث على الصحيح . وقيل : طلقتان ، ويلغو قوله : قبلها .

ولو خاطب غير المدخول بها بأحد هذين اللفظين ، فهل يقع واحدة أم لا يقع شيء ؟ وجهان . أصحهما : الأول . ومتى قال : أردت بقولي : بعدها طلقة ، أي سأطلقها بعد هذا طلقة ، لم يقبل ظاهراً ويُدَيَّنُ ، ولو قال : أردت بقولي : قبلها أن زوجاً آخر طلقها في نكاح آخر ، فعلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، فيما إذا قال : أنت طالق في الشهر الماضي ، وفسر بهذا .

المسألة الرابعة : قال لمدخول بها : أنت طالق وطالق ، وقع طلقتان على الترتيب .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، فالصحيح وقوع ثلاث عند فراغه من قوله : ثلاثاً . وقيل : تبين بالفراغ من وقوع الثلاث بقوله : أنت طالق . قال الإمام : وقياس من قال : يقع طلقة ، إذا أراد بقوله : أنت طالق ثلاثاً ، فماتت قبل قوله : ثلاثاً إن يقع هنا طلقة بقوله : أنت طالق ، ويتم الثلاث بقوله : ثلاثاً ، لكنه ضعيف ، لأنه لا خلاف أنه لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث ، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة .

المسألة الخامسة : قال لغير المدخول بها : أنت طالق خمساً ، أو قال : إحدى عشرة ، وقع الثلاث ، ولو قال لها : واحدة ومائة ، لم يقع إلا واحدة . ولو قال : إحدى وعشرين ، فهل يقع الثلاث أم واحدة ؟ وجهان لتردُّدِها بين الصورتين .

قلت : الأصح ، أنه تقع واحدة لأنه معطوف كقوله : واحدة ومائة ، بخلاف إحدى عشرة ، فإنه مركب فهو بمعنى المفرد . والله أعلم .

ولو قال : طلقة ونصفاً ، لم يقع إلا واحدة .

فرع : قال : أنت طالق واحدة ، بل ثنتين أو ثلاثاً ، فإن كانت مدخولاً بها ، وقع ثلاث ، وإلا فواحدة .

ولو قال : ثنتين بل واحدة ، طلقت المدخول بها ثلاثاً ، وغيرها طلقتين . ولو قال : أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، فوجهان . أصحهما وبه قال ابن الحداد : يقع واحدة بقوله : أنت طالق ، ويتعلق طلقتان بدخول الدار . والثاني : يتعلق الثلاث بالدخول إلا أن يقول : أردت تخصيص الشرط بقولي : بل ثلاثاً . فإن

قاله لغير مدخول بها ، فعلى الوجه الأول تبين بالواحدة الواقعة في الحال ، فإن نكحها بعد ذلك ودخلت ، فقيل فيه قولا عود الحنث ، والمذهب ، أنه لا يقع قطعاً ، لأنها إذا بانت فإن التعليق بالدخول واقعاً في حال البينونة ، فيلغو . وعلى الوجه الثاني يتعلق الثلاث بالدخول ، فإذا دخلت ، فعلى الوجهين السابقين ، فيما إذا قال لغير المدخول بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق ، فعلى وجه : لا يقع إلا واحدة ، وعلى الأصح : يقع الثلاث . ولو قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقتين ، بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، فعلى قول ابن الحداد : يقع طلقتان في الحال ، ولا يصح تعليق الثالثة . وعلى الثاني تتعلق الثلاث بالدخول ، فإذا دخلت ، ففي وجه يقع طلقة ، وعلى الأصح ثلاث .

فرع : قال : أنت طالق تطليقة ، قبلها كل تطليقة ، أو بعدها كل تطليقة ، قال إسماعيل البوشنجي : قياس المذهب أن يقال : إن كانت مدخولاً بها ، وقع الثلاث مع ترتب بين الواحدة وباقي الثلاث ، وإلا ، فوجهان . أصحهما : يقع واحدة . والثاني : لا شيء .

فرع عن أبي العباس الروياني : لو قال : أنت طالق كألف ، فإن نوى عدداً ، وقع ، وإلا فواحدة ، وأنه لو قال : أنت طالق حتى تتم ثلاث ، فهل تقع ثلاث ، أم تعتبر نيته ، فإن لم ينو ، فواحدة ؟ فيه وجهان ، ويقرب منه ما إذا قال : أنت طالق حتى أكمل ثلاثاً ، أو أوقع عليك ثلاثاً ، وأنه لو قال : أنت طالق ألواناً من الطلاق ، تعتبر نيته ، فإن لم ينو ، فواحدة .

وأنه لو قال : يا مطلقة : أنت طالق ، وكان طلقها قبل ذلك ، فقال : أردت تلك الطلقة ، فهل يقبل أم يقع أخرى ؟ وجهان . ذكر إسماعيل البوشنجي : أنه لو قالت له : طلقني وطلقني وطلقني ، أو طلقني طلقني طلقني ، أو قالت : طلقني ثلاثاً ، فقال : طلقتك ، أو قد طلقتك ، أو أنت طالق . فإن نوى عدداً ، وقع ، وإلا فواحدة ، وأنه لو طلقها واحدة رجعية ثم قال : جعلتها ثلاثاً ، فهو لغو لا يقع به شيء .

الطرف الثالث في الحساب ، وهو ثلاثة أنواع .

الأول : في حساب الضرب ، فإذا قال لها : أنت طالق واحدة في واحدة ، أو

طلقة في طلقة ، سئل عن مراده ، فإن قال : أردت طلقة مع طلقة ، وقع طلقتان ، وإن قال : أردت به الظرْفَ أو الحساب ، أو لم أرد شيئاً ، وقعت واحدة . وإن قال : أنت طالق طلقة في طلقتين ، أو واحدة في اثنتين ، وأراد مع اثنتين ، وقع الثلاث ، وإن أراد الحساب وهو يعلمه ، وقع طلقتـان ، وإن جهله وقال : أردت مـا يزيـده الحساب ، فطلقة على الأصح ، وقال الصيرفي : طلقتان .

وأجري الوجهان في قوله : طلقتك مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد . وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ ، وإن أطلق ولم ينو الحساب ، فإن لم يعرفه ، فطلقة ، وكذا إن عرفه على الأظهر . وفي قول : طلقتان . وفي قول غريب ضعيف حكاه الشيخ أبو محمد وغيره : يقع ثلاث طلقات لتلفظه بهن ، ويجيء هذا القول فيمن لا يعرف الحساب ولم ينو شيئاً ، ولو قال : أنت طالق واحدة في ثلاث ، فإن قصد الحساب ، وقع الثلاث إن عرفه ، وإلا فعلى الوجهين ، وإن لم يقصـد شيئاً ، فعلى التفصيل والخلاف المذكورين .

وإن قال : أنت طالق ثنتين في ثنتين ، فإن قصد الحساب وهو يعرفه ، وقع الثلاث ، وإن لم يقصد شيئاً ، فهل يقع ثنتان ، أم ثلاث ؟ فيه الخلاف . ولو قال : انت طالق نصف طلقة في نصف طلقة ، وقعت طلقة ، سواء أراد الحساب أم الظرف أم المعية ، أم لم يقصد شيئاً . ولو قال : واحدة في نصف ، فكذلك إلا أن يريد المعية ، فيقع طلقتان ، ولو قال : واحدة وربعاً ، أو نصفاً في واحدة وربع ، وقع طلقتان إلا أن يريد المعيّة ، فتقع ثلاث .

فرع : قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ، فهل يقع الثلاث ، أم ثنتان ، أم واحدة ؟ فيه أوجه ، أصحها عند البغوي : الأول ، ولو قال : مـا بين الواحـدة والثـلاث ، وقعت طلقة على المـذهب ، ويجيء فيه خـلاف سبق في نـظيـره من الإقرار .

النوع الثاني : في تجزئة الطلاق . اعلم أن الطلاق لا يتبعض ، بل ذكر بعضه كذكر كله لقوته ، سواء أبهم بأن قال : أنت طالق بعض طلقة ، أو جزءاً ، أو سهماً من طلقة ، أو بَيَّن فقال : نصف طلقة أو ربع طلقة ، قال الإمام وقوع الطلاق هنا

على سبيل التعبير بالبعض عن الكل ، ولا يتخيل هنا السراية المذكورة في قوله : بعضك طالق ، لكن لا يظهر بينهما فرق محقق . وفي كلام الشيخ أبي حامد وغيره ، أنه يجوز أن يكون ذلك بطريق السراية ، ويجوز أن يلغى قوله : نصف طلقة ، ويعمل قوله : أنت طالق .

فرع : إذا زاد في الأجزاء فقال : أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ، أو أربعة أثلاث طلقة ، وقع طلقتان على الأصح ، وقيل : طلقة . وقيل : ثلاث طلقات ، حكاه الحناطي . وعلى هذا القياس ، قوله : خمسة أرباع طلقة ، أو نصف وثلثي طلقة .

قلت : هذا الخلاف فيما إذا زادت الأجزاء على طلقة ، ولم يجاوز طلقتين ، فإن جاوزت كقوله : خمسة أنصاف طلقة ، أو سبعة أثلاث طلقة وأشباهه ، كان الخلاف في أنه يقع طلقة أم ثلاث . والله أعلم .

ولو قال : لفلان عليَّ ثلاثة أنصاف درهم ، فهل يلزمه درهم أو درهم ونصف ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فرع : قال : أنتِ طالق نصفي طلقة ، لم يقع إلا طلقة ، إلا أن يريد نصفاً من طلقة ، ونصفاً من أخرى ، وكذا لو قال : ربعي طلقة ، أو ثلثي طلقة ، وأشار في « الوسيط » إلى الخلاف في هذه الصورة فقال : الصحيح أنه يقع طلقة ، والكتب ساكتة عن الخلاف ، لكنه جارٍ على ما نقله الحناطي .

قلت : قد حكى الوجه الذي أشار إليه في « الوسيط » عن « شرح المفتاح » . والله أعلم .

ولو قال : نصف طلقتين ، أو ثلث طلقتين ، وقع طلقة على الأصح ، وقيل : طلقتان ، فعلى هذا لو قال : أردت طلقة ، دُيِّن ، وفي قبوله ظاهراً وجهان . ولو قال : عليَّ نصف درهمين ، قال الشيخ أبو علي : لا يلزم إلا درهم بإجماع الأصحاب لعدم التكميل .

ولو قال : ثلث درهمين ، فعليه ثلثا درهم بالاتفاق . ولو قال : نصفي طلقتين

أو ثلثي طلقتين ، وقع طلقتان ، ولو قال : ثلاثة أنصاف طلقتين ، فهل يقع طلقتان أم ثلاث ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، وبه قال ابن الحداد ، ونقله الشيخ أبو علي عن الأكثرين .

ولو قال : له عليَّ ثلاثة أنصاف درهمين ، ففيما يلزمه وجهان . ولو قال : ثلاثة أنصاف الطلاق ، قال المتولي : يقع ثلاث طلقات ، وينصرف الألف واللام إلى الجنس ، وحكى الحناطي وجهين ، أحدهما : يقع ثلاث ، والثاني : طلقة .

فرع : قال : أنت طالق نصف طلقة ، أو ثلث وربع وسدس طلقة ، لا يقع إلا طلقة ، ولو كرر لفظة الطلقة فقال : ثلث طلقة ، وربع طلقة ، وسدس طلقة ، طلقت ثلاثاً على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال الغزالي : فيه وجهان . أحدهما : هذا ، والثاني : لا يقع إلا واحدة ، هكذا أطلقه الغزالي ، وإنما نقل الإمام هذا الوجه ، فيما إذا نوى صرف هذه الأجزاء إلى طلقة وفسر كلامه به .

ولو لم يدخل الواو ، فقال : أنت طالق ثلث طلقة ، ربع طلقة ، سدس طلقة ، لم يقع إلا طلقة لأنه إذا لم يدخل الواو ، كان الجميع بمنزلة كلمة واحدة ، ولهذا لو قال : أنت طالق طالق ، لم تقع إلا واحدة ، ولو قال : طالق وطالق ، وقع طلقتان .

لو زادت الأجزاء ولم يدخل الواو ، فقال : أنت طالق نصف طلقة ، ثلث طلقة ، ربع طلقة ، ففي « أمالي أبي الفرج » : أنه على الوجهين في قوله : ثلاث أنصاف طلقة . ولو لم تتغاير الأجزاء وتكررت الواو فقال : أنت طالق نصف طلقة ، ونصف طلقة ، ونصف طلقة ، وقع طلقتان ، ويرجع في اللفظ الثالث إليه ، أقصد التأكيد أم الاستئناف كما لو قال : طالق وطالق وطالق .

ولو قال : أنت نصف طلقة ، أو ثلث طلقة ، فهو كقوله : أنت الطلاق .
ولو قال : أنت طالق نصف ثلث سدس ، ولم يقل : طلقة ، وقع طلقة بقوله : أنت طالق .

فرع : في فتاوى القفال ، لو قال : طلقتك واحدة أو ثنتين على سبيل

الإنشاء ، فيختار ما شاء من واحدة ، أو اثنتين كما لو قال : أعتقت هذا أو هذين .

النوع الثالث : في التشريك ، فإذا قال لأربع نسوة : أوقعت عليكن طلقة ، وقع على كل واحدة طلقة فقط ولو قال : طلقتين أو ثلاثاً أو أربعاً ، وقع على كل واحدة طلقة فقط ، إلا أن يريد توزيع كل طلقة عليهن ، فيقع في طلقتين ، على كل واحدة طلقتان ، وفي ثلاث وأربع ، ثلاث .

قلت : هذا الذي ذكره هو المنصوص في « الأم » ، وبه قطع الجمهور ، وقال أبو علي الطبري : يحمل على التوزيع وإن لم ينوه . والله أعلم .

ولو قال : أوقعت عليكن خمس طلقات ، طلقت كل واحدة طلقتين ، إلا أن يريد التوزيع ، وكذلك في الست ، والسبع ، والثمان . وإن أوقع تسعاً ، طلقت كل واحدة ثلاثاً . وإن قال : أوقعت بينكن طلقة ، طلقت كل واحدة طلقة . فإن قال : أردت بعضهن دون بعض ، دُيِّن ولا يقبل ظاهراً على الأصح ، وقطع به جماعة . قال الإمام والبغوي وغيرهما : الوجهان مخصوصان بقوله : أوقعت بينكن . أما قوله : عليكن ، فلا يقبل تفسيره هذا قطعاً ، بل يعمهن الطلاق .

واعلم أنا قدمنا في قوله : نسائي طوالق عن ابن الوكيل وغيره ، أنه يقبل تخصيصه بعضهن ، وذلك الوجه يجيء هنا لا محالة ، فكان قول الإمام وغيره تفريعاً على الصحيح هناك . وإذا قلنا : لا يقبل في قوله : بينكن ، فذلك إذا أخرج بعضهن عن الطلاق ، وعطل بعض الطلاق ، فأما إذا فضَّل بعضهن كقوله : أوقعت بينكن ثلاث طلقات ، ثم قال : أردت طلقتين على هذه ، وتوزيع الثالثة على الباقيات ، فيقبل على الأصح المنصوص ، وبه قطع الشيخ أبو علي . والثاني حكاه ابن القطان : يشترط استواؤهن ، وحكي وجه ، أنه يقبل تفسيره وإن تعطل بعض الطلاق حتى لو قال : أوقعت بينكن أربع طلقات ، ثم خصصها بامرأة قبل ، وهذا ضعيف . وحيث قلنا : لا يقبل ، فذلك في نفي الطلاق عمن نفاه عنها أما إثباته على من أثبته عليها ، فيثبت قطعاً مؤاخذة له .

ولو قال : أوقعت بينكن خمس طلقات ، لبعضكنَّ أكثر مما لبعضٍ ، فيصدق

في التفصيل بلا خلاف ، وفي تصديقه في إخراج بعضهن الخلاف .

ولو قال : أوقعت عليكن نصف طلقة ، أو ثلثها ، وقع على كل واحدة طلقة . ولو قال : أوقعت بينكن ثلث طلقة ، وخمس طلقة ، وسدس طلقة ، بني على الخلاف السابق فيما إذا خاطب به واحدة . فإن قلنا : لا يقع به إلا واحدة ، فكذا هنا ، فتطلق كل واحدة طلقة ، وإن قلنا بالمذهب : وهو وقوع الثلاث ، طلقت كل واحدة ثلاثاً ، لأن تغاير الأجزاء وعطفها ، يشعر بقسمة كل جزء بينهن . وقال الإمام : ويحتمل أن تجعل كما لو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلقات ، فتطلق كل واحدة طلقة . ولو قال : أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة ، فيجوز أن يقال : هو كقوله : ثلاث طلقات ، تطلق كل واحدة طلقة ، ويجوز أن يقال : تطلق كل واحدة ثلاثاً لإشعاره بقسمة كل طلقة .

فرع : طلق إحدى امرأتيه ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، أو جعلتك شريكتها ، أو أنت كهي ، أو مثلها ، ونوى طلاقها ، طلقت وإلا فلا ، وكذا لو طلق رجل امرأته فقال آخر لامرأته : أشركتك معها ، أو أنت كهي ، ونوى ، طلقت . ولو كان تحته أربع ، فقال لثلاث منهن : أوقعت عليكن أو بينكن طلقة ، فطلقن واحدة واحدة ، ثم قال للرابعة : أشركتك معهن ونوى الطلاق ، نظر إن أراد طلقة واحدة لتكون كواحدة منهن ، طلقت طلقة ، وإن أراد أنها تشارك كل واحدة طلقتها ، طلقت ثلاثاً . وإن أطلق نية الطلاق ولم ينو واحدة ولا عدداً ، فوجهان : أصحهما وبه قال الشيخ أبو علي : تطلق واحدة ، وقال القفال : طلقتين ، لأن التشريك يقتضي أن يكون عليها نصف ما عليهن وهو طلقة ونصف ، فتكمل . ولو قيل على هذا التوجيه : تطلق ثلاثاً مثلهن ، لم يكن بأبعد منه ، ولو طلق اثنتين ثم قال للأخريين : أشركتكما معهما ونوى الطلاق ، فإن نوى كون كل منهما كواحدة من الأوليين ، طلقت كل واحدة منهما طلقة ، وإن نوى كون كل واحدة كالأوليين معاً في الطلاق أو أن تشارك كل واحدة منهما كل واحدة من الأوليين في طلقتيهما ، طلقتا طلقتين طلقتين . وإن أطلق ، طلقت كل واحدة طلقة على قولي القفال وأبي علي جمعاً ، لأن القفال يشركهما فيجعل لهما نصف ما للأوليين ، وهو طلقة فتقسم وتكمل .

فرع : قال : أنت طالق عشراً ، فقالت : تكفيني ثلاث ، فقال : الباقي

لضرتك ، لا يقع على الضرة شيء ، لأن الزيادة على الثلاث لغو . ولو قالت : تكفيني واحدة فقال : الباقي لضرتك ، وقع عليها ثلاث ، وعلى الضرة طلقتان إذا نوى ، ذكره البغوي ، ولو طلق إحدى امرأتيه ثلاثاً ثم قال للثانية : أشركتك معها ، قال الشاشي : يقع على الثانية طلقة ، وتردد البوشنجي في طلقة أم ثلاث[١] .

الباب الرابع في الاستثناء[٢]

الاستثناء صحيح معهود ، وفي القرآن والسنة موجود ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، طلقت طلقة . ويشترط لصحته شيئان ، أحدهما : أن يكون متصلاً باللفظ ، فإن انفصل ، فهو لغو ، وسكتة التنفس والعي لا تمنع الاتصال . قال الإمام : والاتصال المشروط هنا أبلغ مما يشترط بين الإيجاب والقبول[٣] ، لأنه

---

(١) لم يفصح الشيخ بترجيح .
قال في الخادم : قال ابن الرفعة مقالة الشاشي توافق مقالة الشيخ أبي علي التي رجحها قبل ذلك ويقرب منه ما قاله القاضي الحسين قبل طلاق المريض من تعليقه إذا قال حفصة طالق ثلاثاً وعمرة يجب أن يطلق حفصة ثلاثاً ، وأما عمرة فيحتمل أن يقال تقع عليها واحدة لأن المعطوف يجب أن يكون بخلاف المعطوف عليه .
وأما قول البوشنجي فيوافق ما الزم الرافعي القفال ، وقال بعض الفضلاء القياس أنا نجمع الطلقات الثلاث ونوقع عليها نصفها كما فعلنا ذلك في النسوة وعلى هذا فيقع طلقتان وبه صرح الجرجاني في الشافي والتحرير وأخذ ذلك من كلام الأذرعي ، وعبارة الأذرعي قال بعض الشارحين يعني الشيخ السبكي . ثم ساق ما ذكره صاحب الخادم ثم قال : قال المزني في المنثور : ولو قال لها أنت طالق ثلاثاً ثم قال لأخرى أنت شريكتها في هذا الطلاق ، ثم قال لأخرى : وأنت شريكتها في هذا الطلاق ، قال الشافعي : تطلق الأولى ثلاثاً ، والثانية اثنتين ، والثالثة واحدة . قال المزني : وعندي تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً ، وكذا ذكرها القاضي أبو الطيب فحصل أن المذهب أنها تطلق طلقتين . انتهى . وأخذه في الخادم بحروفه في الاستثناء .

(٢) قال ابن سيده في المحكم : الاستثناء والثنيا رد الشيء بعضه على بعض . وقال الجوهري : الثنيا اسم الاستثناء ، يقال ثنيا وثنوى مثل قصيا وقصوى . قال الفراء في الاستغناء ص ٩٠ وها هنا نظران .
الأول : هل إطلاق هذا اللفظ في هذا الموطن حقيقة أو مجاز ، ورجح أنه مجاز ودلل على ذلك بوجهين ، فارجع إليه إن شئت .
عرفه الفخر في المحصول بما لا يدخل في الكلاً إلا لإخراج بعضه بلفظه ولا يستقل بنفسه . ٧٦٢/٢ .

(٣) يتخلل كلام يسير على الأصح وينقطع الاستثناء بذلك على الصحيح .

يحتمل بين كلام الشخصين ما لا يحتمل بين كلام شخص واحد ، ولذلك لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير على الأصح ، وينقطع الاستثناء بذلك على الصحيح . وهل يشترط اقتران الاستثناء بأول اللفظ ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، بل لو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى ، حكم بصحة الاستثناء ، وحكى الشيخ أبو محمد هذا الوجه عن الأستاذ أبي إسحاق ، وأصحهما وادعى أبو بكر الفارسي الاجماع عليه : أنه لا يعمل بالاستثناء حتى يتصل بأول الكلام .

قلت : الأصح ، وجه ثالث ، وهو صحة الاستثناء بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين وإن لم يقارن أولها . والله أعلم .

ثم ما ذكرناه من اتصال اللفظ واقتران القصد بأول الكلام ، يجري في الاستثناء بـ « إلا » وأخواتها ، وفي التعليق بمشيئة الله تعالى ، وفي سائر التعليقات الشرط الثاني ، أن لا يكون الاستثناء مستغرقاً ، فإن استغرق ، فهو باطل ويقع الجميع[1] .

فصل : الاستثناء ضربان . أحدهما : استثناء بـ « إلا » وأخواتها ، والثاني : تعليق الطلاق والعتاق ، وغيرهما بمشيئة الله تعالى ، قال الإمام : ولا يبعد عن اللغة تسمية كل تعليق استثناء ، لأن قول القائل : أنت طالق ، يقتضي وقوع الطلاق بغير

= قال الأذرعي يشير أي بقوله على الصحيح إلى وجه حكاه الرافعي عن ابن كج أن الكلام اليسير الأجنبي لا يقع في الاستثناء ، قال ـ أعني الأذرعي ـ وكان المراد مما يعد به معرضاً عما هو فيه وإلا فقد قال الأصحاب في الطريقين : لو قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله تعالى صح الاستثناء ، ومثله أنت طالق يا زينب إن شاء الله تعالى وفي الشامل والتتمة أنه لو قال ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله تعالى أو ثلاثاً وواحدة إن شاء الله تعالى ، أن الذي يقتضيه المذهب أنه لا يقع شيء ونازعه فيه الرافعي وقال المراوزة : لو قال أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله تعالى أنه يصح الاستثناء وأبدى الإمام احتمالاً في إلغاء الاستثناء لأن قوله يا طالق يعد حشواً في الكلام بخلاف ندائها باسمها فإنه يجري على مدار الكلام وحسن النظر ، ونقله الرافعي وجهاً عن رواية الإمام وإنه وجهه بأمرين ثانيهما هذا بعد أن حكى عنه رواية الأول عن القاضي والأصحاب وبالجملة فيجب تقييد إطلاق القول بأن الكلام اليسير يقدح في الاستثناء مما تقدم فهو مما يعد به معرضاً . انتهى وجرى على ذلك في الخادم .

(١) قال في القوت : التعليق بالمسألة وإن رفع حكم اللفظ جميعه فالكلام منتظم معه إذ هو تعليق بصفة صيغتها التردد إذ المشيئة غيب لا يطلع عليها فلم يكن مبنى الكلام التناقض وحكمنا بانتفاء الطلاق لأمر اقتضاه الشرع لا لإخلال الكلام في نفسه .

قيد ، فإذا علقه بشرط ، فقد ثناه عن مقتضى إطلاقه ، كما أن قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ، يثني اللفظ عن مقتضاه ، إلا أنه اشتهر في عرف أهل الشرع تسمية التعليق بمشيئة الله تعالى خاصة استثناءً .

الضرب الأول : فيه مسائل .

إحداها : قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، فالاستثناء باطل لاستغراقه .

الثانية : إذا عطف بعض العدد على بعض في المستثني أو المستثنى منه أو فيهما ، فهل يجمع بينهما ، أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : لا يجمع ، وبه قال ابن الحداد ، ولهذا لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق وطالق ، لا يقع إلا واحدة ، ولا ينزل منزلة : أنت طالق طلقتين ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة ، أو إلا اثنتين وإلا واحدة ، فعلى الجمع يكون الاستثناء مستغرقاً فيقع الثلاث ، وعلى الفصل ، يختص البطلان بالواحدة التي وقع بها الاستغراق ، فتقع طلقة .

ولو قال : إلا واحدة واثنتين ، فعلى الجمع يقع ثلاث ، وعلى الفصل يختص البطلان بالثنتين ، فيقع طلقتان .

ولو قال : أنت طالق طلقتين وواحدة إلا واحدة ، فعلى الجمع تكون الواحدة مستثناة ، فيقع طلقتان ، وعلى الفصل ، لا يجمع الواحدة مستثناة من واحدة ، فيقع الثلاث . وقيل : تقع الثلاث هنا قطعاً .

ولو قال : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة ، صح الاستثناء على الوجهين . ولو قال : ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة ، فعلى الجمع ، يقع الثلاث ، وعلى الفصل ، يقع استثناء اثنتين دون الثالثة . ولو قال : أنت طالق واحدة وواحدة ، وواحدة إلا واحدة ، أو أنت طالق طلقة ، وطلقة ، وطلقة إلا طلقة ، فعلى الجمع يقع طلقتان . كأنه قال : ثلاثاً إلا واحدة ، وعلى الفصل ، يقع ثلاث ، لأنه استثنى واحدة من واحدة ، ولو قال : واحدة ، وواحدة ، وواحدة ، إلا واحدة وواحدة وواحدة ، وقع الثلاث على الوجهين .

ولو قال : واحدة ، بل واحدة ، ثم واحدة إلا واحدة ، فالاستثناء باطل ، ولا

جمع لتغاير الألفاظ . وقيل : يصح حكاه الحناطي ، والصحيح المنع . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة ؛ قال الشيخ أبو علي : اتفق الأصحاب أنه يجمع بينهما ، ويصحان ولا يقع إلا ما بقي بعد الاستثناءين وهو طلقة ، وحكى ابن كج فيه وجهين ، ثانيهما : يقع ثلاث ، ويجعل قوله : وواحدة عطفاً على قوله : ثلاثاً كأنه قال : اثنتين وواحدة .

قلت : هذا الوجه خطأ ظاهر ، وتعليله أفسد منه . والله أعلم .

المسألة الثالثة : سبق في الإقرار أن الاستثناء من النفي إثبات ، ومن الإثبات نفي ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً ، إلا اثنتين إلا واحدة ، وقع طلقتان ، وعن الحناطي ، احتمال أنه كقوله : إلا ثنتين وواحدة ، والصواب الأول .

ولو قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة ، فهل يقع واحدة ، أم اثنتان ، أم ثلاث ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول ، ولو قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين ، ففيه الأوجه ، لكن الأصح هنا : يقع طلقتان . ولو قال : ثلاثاً إلا اثنتين إلا اثنتين ، وقعت واحدة قطعاً ، ولغا الاستثناء الثاني .

ولو قال : ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة ، فهل يقع اثنتان أم ثلاث ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، ولو قال : اثنتين إلا واحدة إلا واحدة ، فقيل : اثنتان ، وقيل : واحدة .

ولو قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، فقيل اثنتان . وقيل : واحدة ، قال الحناطي : ويحتمل وقوع الثلاث .

المسألة الرابعة : إذا زاد على العدد الشرعي ، فهل ينصرف الاستثناء إلى الملفوظ به ، أم إلى المملوك وهو الثلاث ؟ وجهان . أصحهما : إلى الملفوظ به ، وبه قال ابن الحداد ، وابن القاص ، وقال أبو علي بن أبي هريرة والطبري : إلى المملوك . فإذا قال : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً ، وقع طلقتان على الأول، وثلاث على الثاني .

ولو قال : خمساً إلا اثنتين ، وقع ثلاث على الأول ، وواحدة على الثاني . ولو

قال : أربعاً إلا اثنتين ، وقع اثنتان على الأول ، وواحدة على الثاني ، ولو قال : أربعاً إلا واحدة ، وقع ثلاث على الأول ، واثنتان على الثاني ، ولو قال : أربعاً إلا ثلاث ، وقع على الأول واحدة ، وعلى الثاني ثلاث ، ولو قال : ستاً أو سبعاً أو أكثر من ذلك إلا ثلاثاً ، وقع الثلاث على الوجهين ، ولو قال : ستاً إلا أربعاً ، فعلى الأول : يقع طلقتان ، وعلى الثاني : ثلاث . ولو قال : أربعاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين ، فعلى الأول : يقع ثلاث ، وعلى الثاني : هو كقوله : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين . ولو قال : خمساً إلا اثنتين إلا واحدة ، فعلى الأول يقع ثلاث ، وعلى الثاني طلقتان كقوله : ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، ولو قال : ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً ، فإن جمعنا بين الجمل المعطوفة واعتبرنا الملفوظ ، فكقوله : ستاً إلا أربعاً ، وإلا طلقت ثلاثاً .

فرع : أنت بائن إلا بائناً ونوى بقوله : أنت بائن الثلاث ، قال اسماعيل البوشنجي : يبنى على أنه لو قال : أنت واحدة ونوى الثلاث ، هل يقع الثلاث اعتباراً بالنية أم واحدة اعتباراً باللفظ ؟ فإن غلبنا اللفظ ، بطل الاستثناء كما لو قال : أنت طالق واحدة إلا واحدة . وإن غلبنا النية ، صح الاستثناء ووقع طلقتان ، وهذا هو الذي رجحه ونصره .

قلت : الأول غلط ظاهر ، فإنه لا خلاف أنه إذا قال : أنت بائن ونوى الثلاث ، وقع الثلاث ، فكيف يبنى على الخلاف في قوله : أنت واحدة ؟ ! والله أعلم .

وفي معنى هذه الصورة قوله : أنت بائن إلا طالقاً ونوى بقوله : بائن الثلاث . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طالقاً ، صح الاستثناء كقوله : ثلاثاً إلا طلقة ، وكذا لو قال : طالق وطالق وطالق إلا طالقاً ونوى التكرار فيه احتمال .

المسألة الخامسة : لو قدم الاستثناء على المستثنى منه ، فقال : أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً ، حكى صاحب « المهذب » عن بعض الأصحاب ، أنه لا يصح الاستثناء ويقع الثلاثة ، قال : وعندي أنه يصح فيقع طلقتان[1] .

---

(١) قال في الخادم : لم يرجح شيئاً ، لكنه ذكر فيما بعد عن القاضي حسين صحة الاستثناء في قوله أربعتكن إلا فلانة طوالق ، وقال في كتاب الأيمان ويصح الاستثناء ، ولو قدم كلمته في الطلاق والعتاق =

المسألة السادسة : قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة ، وقع الثلاث على الصحيح ، وقيل : طلقتان . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصفاً ، فعلى الصحيح طلقتان ، وعلى الثاني طلقة . ولو قال : طلقة إلا نصفاً وقع طلقة قطعاً ، ولو قال : ثلاثة إلا طلقتين ونصفاً ، فإن قلنا بالثاني ، فهو كقوله : ثلاث إلا اثنتين وواحدة ، وإن قلنا بالصحيح ، فهل يقع ثلاث أم واحدة ، فيه احتمالان للإمام . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقتين إلا نصف طلقة ، وقع طلقتان . ولو قال : واحدة ونصفاً إلا واحدة ، نقل الحناطي وقوع طلقة . قال : ويحتمل وقوع طلقتين[1] . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصفاً ، قال البوشنجي : يراجع ، فإن قال : أردت : إلا نصفها ، وقع طلقتان . وإن قال : أردت إلا نصف طلقة ، طلقت ثلاثاً ، ويجيء فيه الوجه الضعيف ، وإن لم تكن نية فطلقتان .

الضرب الثاني ، التعليق بالمشيئة : فإذا قال : أنت طالق إن شاء الله ، نظر إن سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده لها كما هو الأدب ، أو قصد التبرك بذكر الله تعالى ، أو الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولم يقصد تعليقاً محققاً ، لم يؤثر ذلك ووقع الطلاق . وإن قصد التعليق حقيقة ، لم تطلق على المذهب ، ومنهم من حكى قولاً آخر ، والتفريع على المذهب . وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق ، كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، إن شاء الله ، أو إذا شاء الله ، ويمنع أيضاً العتق في قوله : أنت حر إن شاء الله ، ويمنع انعقاد النذر واليمين ، وصحة العفو عن القصاص ، والبيع وسائر التصرفات . وسواء قال : أنت طالق إن شاء الله ، أو إن شاء الله أنت طالق ، أو متى شاء الله ، أو إذا شاء الله ، قال ابن الصباغ : وكذا قوله : إن شاء الله أنت طالق ، وفي هذه الصيغة وجه حكاه الحناطي . ولو قال : أنت طالق إذا شاء الله [أو ان شاء الله] بفتح الهمزة ، وقع الطلاق في الحال ، وكذا لو قال : إذا

ولا فرق بين التقديم والتأخير ، وقال في الإقرار : لو قال له عليّ إلا عشرة دراهم مائة لم يصح للاستثناء وفيه وجه . انتهى ما أردته منه .

(١) قال في الخادم : قضيته ترجيح طلقة لكن الرافعي بعد أن حكى ذلك اقتضى كلامه ترجيح طلقتين فإنه قال والوجهان مبنيان على أن الاستثناء ينصرف إلى المذكورين جميعاً أو إلى الثاني ، وعلى التقدير الثاني يكون الاستثناء مستغرقاً فيبطل ويقع طلقتان وهو مصرح بأن الصحيح وقوع طلقتين كما لو قال واحدة واحدة إلا واحدة ، وفي المعاياة للجرجاني لو قال طلقتين ونصف إلا طلقة طلقت ثلاثاً .

شاء زيد ، أو ان شاء زيد ، ونقل الحناطي وجهاً ، في ان شاء الله ، أنه لا يقع ، وثالثها أنه يفرق بين عارف النحو وغيره . واختار الروياني هذا . ولو قال : أنت طالق ما شاء الله ، قال المتولي وغيره : وقعت طلقة لأنها اليقين[١] ولو قال : أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله ، أو ثلاثاً وواحدة إن شاء الله تعالى[٢] أو واحدة وثلاثاً إن شاء الله ، قال ابن الصباغ والمتولي : الذي يقتضيه المذهب : أنه لا يقع شيء ، والوجه بناؤه على الخلاف السابق ، أن الاستثناء بعد الجملتين ينصرف إليهما ، أم إلى الأخيرة فقط ؟ وكذا ذكره الإمام ، وقد ذكرنا أن الأصح عوده إلى الأخيرة ، ويوافق هذا البناء ما ذكره البغوي أنه لو قال : حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله ، فهل يرجع الاستثناء إلى عمرة فقط أم إليهما ؟ وجهان ، أصحهما : الأول[٣] . ولو قال : أنت

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ما نقله عن المتولي وغيره لا يقتضي أنهما لم يتفقا على خلافه والمسألة قد اختلف فيها .

قال في البيان : اختلف أصحابنا في ذلك فقال الطبري في العدة : لا يقع عليها الطلاق ، وقال ابن الصباغ تقع واحدة لأنا لا نعلم منه أكثر من ذلك . انتهى .

وما قاله المتولي وابن الصباغ ممنوع لأنا لا نعلم المشبه هل صدرت بواحدة أم بأكثر أم لم تصدر بطلاق وكان الحق أنه لا يقع شيء ، كما جزم به في العدة . انتهى كلام الشيخ البلقيني وأخذه في الخادم بحروفه ولم يعزه له .

(٢) سقط في « ط » .

(٣) قال في الخادم : الراجح ما قاله ابن الصباغ وقد تبعه عليه الروياني في البحر أيضاً وأنه ينصرف إليهما جميعاً .

قال ابن الرفعة : وهو اللائق بمذهب الشافعي لأن ذلك لا يتقاصر عن قوله أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله تعالى ، وقد قال الأصحاب عند الكلام مع الحنفية في قبول شهادة القاذف أن هذا الاستثناء يرجع إلى الجملتين .

قال الماوردي : نعم إن أراد بالاستثناء الأخيرة طلقت المتقدمة ، ثم قال ـ أعني صاحب الخادم ـ قوله والوجه بناؤه على الخلاف إلى آخره يقتضي أنه حكى خلافاً سابقاً في ذلك وصحح اختصاصه بالأخيرة وهو لم يحك في كتاب الوقف خلافاً في الاستثناء المتعقب للجمل والمفردات أنه يعود إلى الجميع فضلاً عن أن يرجح مقابله فكيف يقول هنا والأصح عوده إلى الأخيرة وحدها ومنهم من جمع بين كلاميه بأنه لم يرد بقوله هنا وقد ذكرنا أن الأصح عوده للأخيرة مسألة عود الاستثناء المتعقب للجمل وإنما أراد الخلاف السابق في أنه يجمع في العطف المفرق أم لا ، والأصح أنا لا نجمع إلى آخر ما نقله ثم قال ودعوى أن مراد الرافعي ذلك بعيد عن لفظه ، ولا شك أنه بعيد ، ثم اعترض الزركشي على الشيخين أن ما نقله يعني الرافعي وتبعه في الروضة عن البغوي حصل فيه نقص فإن الذي في التهذيب : لو قال حفصة وعمرة طالقان إن شاء الله ، لا تطلق واحدة منهما ، ولو قال حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله =

طالق واحدة واثنتين إن شاء الله ، قال الإمام : هو على الوجهين ، إن جمعنا المفرق ، لم يقع شيء . ولو قال: أنت طالق واحدة ثلاثاً إن شاء الله ، أو أنت طالق ثلاثاً ثلاثاً إن شاء الله ، لم تطلق ، وفي معناه : أنت طالق أنت طالق إن شاء الله ، وقصد التأكيد .

فرع : قال : يا طالق إن شاء الله ، يقع الطلاق على الأصح ، ولو قال : يا طالق ، أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله ، وقعت طلقة بقوله : يا طالق فقط ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله ، فهل يقع طلقة بقوله : يا طالق ، أم ثلاث أم لا يقع شيء ؟ فيه أوجه ، وبالأول قطع المتولي ، ويشبه أن يكون هو الأظهر . وحكى الإمام عن القاضي والأصحاب الثالث ، ويؤيد الأول ، أن البغوي وغيره : ذكروا أنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله ، رجع الاستثناء إلى الطلاق ، ووجب حد القذف .

قلت : هذا الذي ذكره من ترجيح الأول هو الأصح ، وقد قطع به جماعة غير المتولي . والله أعلم .

فرع : إذا قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو إذا لم يشأ الله ، أو ما لم يشأ الله ، لم تطلق على الصحيح باتفاق الجمهور ، وقال صاحب « التلخيص » : تطلق ، ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فوجهان . أحدهما : لا تطلق ، والثاني : تطلق ، وبالثاني قال العراقيون ، وهو محكي عن ابن سريج ، ورجحه البغوي ، والأول هو الأصح ، صححه الإمام وغيره ، واختاره القفال ، ونقله عن نص الشافعي رحمه الله .

فرع : إذا قال : أنت طالق إن لم يشأ زيد ، أو إن لم يدخل الدار ، أو إن لم يفعل كذا ، نظر ، إن وجد منه المشيئة أو غيرها مما علق عليه في حياته ، لم يقع الطلاق وإن لم توجد حتى مات ، وقع الطلاق قبيل الموت إن لم يحصل قبل ذلك مانع ، فإن حصل مانع تتعذر معه المشيئة ، كجنون ونحوه ، تبينا وقوع الطلاق قبيل

= تعالى ، طلقت حفصة ولا تطلق عمرة لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه وقيل إليهما والأول أصح . انتهى ، وقد راجعت التهذيب فوجدته ذكر كما قال في الخادم وذكر ذلك أيضاً الشيخ تاج الدين السبكي في شرح ابن الحاجب . قاله البكري .

حدوث المانع ، وإن مات وشككنا في أنه هل وجد منه الصفة المعلق عليها ، ففي وقوع الطلاق وجهان ، سواء كانت الصيغة : أنت طالق إن لم يدخل زيد ، أو إلا أن يدخل ، والوقوع في الثانية أظهر منه في الأولى .

ولو قال : أنت طالق اليوم إلا أن يشاء زيد ، أو إلا أن تدخل الدار ، فاليوم هنا كالعمر .

واعلم أن الأكثرين قالوا بالوقوع فيما إذا شككنا في الفعل المعلق عليه ، واختار الإمام عدم الوقوع في الصورتين ، وهو أوجه وأقوى .

قلت : الأصح عدم الوقوع ، للشك في الصفة الموجبة للطلاق . والله أعلم .

فرع : قوله : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، أو إلا أن يشاء زيد ، معناه : إلا أن يشاء وقوع الطلاق . كما أن قوله : أنت طالق إن شاء الله ، معناه : إن شاء وقوع الطلاق ، فالطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق ، لا بمشيئة عدم الطلاق ، وعدم مشيئة الطلاق تحصل بأن يشاء عدم الطلاق ، أو بأن لا يشاء شيئاً أصلاً ، فعلى التقديرين يقع ، وإنما لا يقع إذا شاء زيد أن يقع ، وقال بعضهم : معناه : أنت طالق إلا أن يشاء زيد أن لا تطلقي ، وعلى هذا ، إن شاء أن تطلق ، طلقت ، وكذا ذكره البغوي ، والصحيح الأول[1] .

---

(١) قال في الخادم : قد يتبادر إلى الذهن تدافع كلامه فإنه قال أولاً ان معناه إلا أن يشاء وقوع الطلاق، ثم قال فالطلاق معلق بعدم شبه الطلاق وأيضاً فما ذكره ثانياً لا يستقيم له في المثالين بل الطلاق معلق في حقه تعالى بمشيئة العدم وفي حق غيره بعدم المشيئة، وبيان ذلك أنه إذا كان المعنى إلا أن يشاء الطلاق فصدر الكلام وهو المستثنى منه في المعنى معلق على عدم مشيئة الطلاق ويدخل تحته قسمان : مشبه العدم وعدم المشبه .

لكن هذا إنما يتصور في حق غير الله تعالى لغروب الاستثناء عن علمه وما عمله قد لا يتعلق بمشيئة به ، وأما الله تعالى فلا يغرب عن علمه شيء ولا يخرج شيء عن مشيئته بل مشيئته متعلقة بكل الأشياء إما بوجودها أو عدمها ، فعند التحقيق الطلاق معلق في حقه تعالى بمشيئة العدم وفي حق غيره بالقدر الأعم وهو عدم مشبه الطلاق ، وأما عجز الكلام وهو المستثنى فالقصد معلق رفع الطلاق بمشيئة الطلاق وحينئذ بان نظر في صدر الكلام . قلت : علق الوقوع على مشيئة الله لعدم فيكون كقوله إن لم يشأ الله وعلى عدم مشيئة الطلاق وعلى هذا فيظهر عدم الوقوع في التعليق بمشيئة الله تعالى وضده في التعليق بمشيئة زيد على ما صححوه وان نظرت إلى آخر الكلام فيكون الدفع على مشيئة الطلاق فينبغي أن يقع في حق زيد لأنه أوقع الطلاق ، وعلق رفعه على ما لم يعلم وجوده فيستمر حكم الإيقاع ، وفي مشيئة =

الباب الخامس في الشك في الطلاق

إذا شك ، هل طلق ؟ لم يحكم بوقوعه ، وكذا لو علق الطلاق على صفة وشك في حصولها ، كقوله : إن كان هذا الطائر غراباً ، فأنت طالق ، وشك في كونه غراباً ، أو قال : إن كان غراباً فزينب طالق ، وإن كان حمامة ، فعمرة طالق ، وشك هل كان غراباً أم حمامة أم غيرهما فلا يحكم بالطلاق . ولو تيقن أصل الطلاق ، وشك في عدده ، أخذ بالأقل ، ويستحب الأخذ بالاحتياط ، فإن شك في أصل الطلاق ، راجعها ليتيقن الحل ، وإن زهد فيها ، طلقها لتحل لغيره يقيناً ، وإن شك في أنه طلق ثلاثاً أم اثنتين ؟ لم ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن شك هل طلق ثلاثاً أم لم يطلق شيئاً ؟ طلقها ثلاثاً[١] .

فصل : تحته زينب وعمرة ، فقال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فزينب طالق ، وإلا فعمرة طالق ، وأشكل حاله ، طلقت إحداهما ، وعليه اعتزالهما جميعاً حتى يتبين الحال ، وعليه البحث والبيان . ولو قال : إن كان غراباً فامرأتي طالق ، فقال رجل آخر : إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ، لم يحكم بوقوع الطلاق على واحد منهما .

فرع : قال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فعبدي حر ، وقال آخر : إن لم يكن

= الله تعالى أولى بالوقوع لأنه علق الرفع على محال إذ يستحيل وقفه مع مشيئة وقوعه ويظهر بهذا فساد الفرق المذكور، هذا كله على أحد الوجهين وهو أن المعنى إلا أن يشاء الطلاق، وإما على الوجه الصائر إلى أن يشاء عدم الطلاق، فإن روعي معنى التعليق كما في التقدير الأول ونظر إلى صدر الكلام ، كان وقوعه معلقاً بمشيئة وقوعه في حقه تعالى وبعدم مشيئة عدم الطلاق في حق زيد ، وحينئذ فينبغي أن لا يقع في الأول ويجيء في الثاني الخلاف . انتهى ما أردته منه ولم أر هذا التحقيق لغيره في الشك في الطلاق .

(١) حذف تعليل الرافعي وهو قوله لتحل لغيره يقيناً ولعله لأنه لم يرتضه لأن إحلالها لغيره لا يتوقف عليه فإنه لو طلق طلقة واحدة وانقضت عدتها ، حلت لغيره بيقين .
قال في الخادم : وإنما الصواب في التعليل أن يقال يلتزم الثلاث حتى إذا أراد تزويجها يملك عليها ثلاثاً بيقين ، وفي المهذب كما ذكره الرافعي وتعقبه أبو علي الفارقي ووافقه الشيخ المصنف في نكته على التنبيه ورده صاحب الوافي وقال : المسألة على هذا الوجه نص عليها الشافعي وقال : لتحل لغيره بيقين ، قيل يعني خطبتها فإنها إذا كانت مطلقة غير بائن لا يجوز خطبتها . وقيل غير ذلك

غراباً ، فعبدي حر ، وأشكل ، فلكل واحد منهما التصرف في عبده ، فإن ملك أحدهما عبد الآخر بشراء أو غيره ، واجتمع عنده العبدان ، منع التصرف فيهما ويؤمر بتعيين العتق في أحدهما ، كما لو كانا في ملكه وعلق التعليقين ، وعليه البحث عن طريق البيان ، وفي وجه : إنما يمتنع التصرف في الذي اشتراه ، فلا يتصرف فيه حتى يحصل البيان ، ولا يمتنع التصرف في الأول .

قلت : هذان الوجهان نقلهما الإمام وآخرون ؛ ورجحوا الأول ، وبه قطع المتولي ، لكن قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين ، أو جماهيرهم ، بأن العتق يتعين في العبد المشترى ، ويحكم بعتقه إذا تم تملكه ظاهراً ، ولكن الأول أفقه . والله أعلم .

ولو باع أحدهما عبده ، ثم اشترى عبد صاحبه ، قال في « البسيط » : لم أره مسطوراً ، والقياس أن ينفذ تصرفه فيه ، لأن بيع الأول لواقعة انقضت ، وتصرفه في الثاني واقعة أخرى ، كما لو صلى إلى جهتين باجتهادين .

قلت : أما على طريقة العراقيين التي نقلتها ، فيعتق عليه الثاني بلا شك ، وأما على الطريقة الأخرى ، فيحتمل ما قاله في « البسيط » ، ويحتمل بقاء الحجر في الثاني حتى يتبين الحال ، وهو قريب من الخلاف فيما إذا اشتبه إناءان فانصب أحدهما ، هل يجتهد في الثاني ، أم يأخذ بطهارته ، أم يعرض عنه ، والأقيس بقاء الحجر احتياطاً للعتق ، ولأن الأموال وغراماتها أشد من القبلة وسائر العبادات ، ولهذا لا يعذر الناسي والجاهل في الغرامات ، ويعذر في كثير من العبادات ، ويؤيد ما ذكرته أن إقدامه على بيع عبده كالمصرح بأنه لم يعتق ، وأن الذي عتق هو عبد الآخر ، وقد سبق أنه لو صرح بذلك ، عتق عليه عبد صاحبه إذا ملكه قطعاً ، وقد ذكر الغزالي في « الوسيط » : احتمالين ، أحدهما : ما ذكره في « البسيط » . والثاني : خلافه وهو يؤيد ما قلته . والله أعلم .

هذا كله إذا لم يصدر منه غير التعليق السابق ، فإن قال للآخر : حنثت في يمينك ، فقال : لم أحنث ، ثم ملك عبده ، حكم عليه بعتقه قطعاً لإقراره بحريته ، ولا رجوع له بالثمن إن كان اشتراه . ولو صدر هذان التعليقان من شريكين في عبد ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى في « كتاب العتق » .

فرع : قال : أنت طالق بعدد كل شعرة على جسد إبليس ، قال إسماعيل البوشنجي : قياس مذهبنا : أنه لا يقع طلاق أصلاً ، لأنا لا ندري أعليه شعر أم لا ؟ والأصل العدم ، وعن بعض أصحاب أبي حنيفة وقوع طلقة[1] .

قلت : القياس وقوع طلقة ، وليس هذا تعليقاً على صفة ، فيقال : شككنا فيها بل هو تنجيز طلاق ، وربط لعدده بشيء شككنا فيه ، فنوقع أصل الطلاق ، ونلغي العدد ، فإن الواحدة ليست بعدد ، لأن أقل العدد اثنان ، فالمختار وقوع طلقة . والله أعلم .

فصل : طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم نسيها ، حرم عليه الاستمتاع بكل منهما حتى يتذكر ، فإن صدقناه في النسيان ، فلا مطالبة بالبيان ، وإن كذبناه وبادرت واحدة وقالت : أنا المطلقة ، لم يقنع منه في الجواب بقوله : نسيت ، أو لا أدري ، وإن كان قوله محتملاً ، بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها ، فإن نكل ، حلفت وقضي باليمين المردودة .

فصل : قال لزوجته وأجنبية : إحداكما طالق ، وقال : نويت الأجنبية ، قبل قوله بيمينه على الصحيح المنصوص في « الإملاء » ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : تطلق زوجته ، قال البغوي في « الفتاوى » : لو قال : لم أنو بقلبي واحدة ، طلقت امرأته ، وإنما ينصرف عنها بالنية ، ولو حضرنا ، فقالت زوجته : طلقني ، فقال :

---

(١) قال المصنف من زيادته : القياس وقوع طلقة وليس هذا تعليقاً على صفة فيقال : شككنا فيها ، بل هو تنجيز طلاق وربط العدد بشيء شككنا فيه فنوقع أصل الطلاق ، ونلغي العدد فإن الواحد ليس بعدد لأن أقل العدد اثنان ، فالمختار وقوع طلقة .
قال في الخادم ، وكذلك قال في المطلب : قياس المذهب أنه يقع واحدة لأن المضاف إلى الشعر العدد لا أصل الطلاق .
قال صاحب الخادم وبه أجاب العبادي في الزيادات وصاحب الكافي وهو الصواب ويؤيده نص الشافعي على أنه لو قال لها أنت طالق كألف أنه يقع واحدة ، حكاه ابن بشري في شرح المختصر المنبه ولم يقف صاحب المهمات فيها على نقل لكن قال إن ما رجحه النووي هو الصواب ، فقد جزم الرافعي بأنه لو قال أنت طالق وزن درهم ونحوه أنه يقع ، ومسألتنا أولى لأن ربط الطلاق بالعدد ممكن بخلاف الوزن ولم يظهر لي وجه الأولوية ، بل مسألة الوزن ممكنة محققة بخلاف الشعر فإنا لا يتحقق وجوده . انتهى ما أردته منه .

طلقتك ، ثم قال : أردت الأجنبية ، لم يقبل ، ذكره البغوي ، وأمته مع زوجته ، كالأجنبية مع الزوجة .

ولو كان معها رجل أو دابة ، فقال : أردت الرجل ، أو الدابة ، لم يقبل . ولو كان اسم زوجته زينب ، فقال : زينب طالق ، ثم قال : أردت جارتي زينب ، فثلاثة أوجه ، الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا يقبل ، فتطلق زوجته ظاهراً ويُدين ، وقيل : يصدق بيمينه كالصورة السابقة ، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب الطبري وغيره ، والثالث ، قاله إسماعيل البوشنجي : إن قال : زينب طالق ، ثم قال : أردت الأجنبية ، قبل ، وإن قال : طلقت زينب ، لم يقبل ، وهذا ضعيف . ولو نكح امرأة نكاحاً صحيحاً ، وأخرى نكاحاً فاسداً ، فقال لهما : إحداكما طالق ، وقال : أردت فاسدة النكاح ، فيمكن أن يقال : إن قبلنا التفسير بالأجنبية ، فهذه أولى ، وإلا فوجهان .

فصل : قال لزوجته : إحداكما طالق ، فإن قصد واحدة بعينها ، فهي المطلقة ، فعليه بيانها . وإن أرسل اللفظ ولم يقصد معينة ، طلقت إحداهما مبهماً ويعينها الزوج ، وهذان القسمان يشتركان في أحكام ، ويفترقان في أحكام ، ثم تارة يفصل حكمهما في الحياة ، وتارة بعد الموت .

الحالة الأولى : حالة الحياة ، وفيها مسائل :

الأولى : يلزم الزوج بالتبيين إذا نوى واحدة بعينها ، وبالتعيين إذا لم ينو ، ويمنع من قربانهما حتى يبين ، أو يعين ، وذلك بالحيلولة بينه وبينهما ، ويلزمه التبيين والتعيين على الفور ، فإن أخر ، عصى ، فإن امتنع ، حبس وعزِّر ، ولا يقنع بقوله : نسيت المعينة ، وإذا بين في الصورة الأولى ، فللأخرى أن تدعي عليه أنك نويتني وتحلفه ، فإن نكل ، حلفت وطلقتا ، وإذا عين في الصورة الثانية ، فلا دعوى لها ، لأنه اختيار ينشئه ، هذا كله في الطلاق البائن ، فلو أبهم طلقة رجعية بينهما ، فهل يلزمه أن يبين أو يعين في الحال ؟ وجهان حكاهما الإمام ، أحدهما : نعم ، لحصول التحريم ، وأصحهما : لا ، لأن الرجعية زوجة .

المسألة الثانية : يلزمه نفقتهما إلى البيان والتعيين ، وإذا بين أو عين ، لا يسترد المصروف إلى المطلقة ، لأنها محبوسة عنده حبس الزوجة .

الثالثة : وقوع الطلاق فيما إذا نوى معينة يحصل بقوله : إحداكما طالق ، ويحتسب عدة من بيّن الطلاق فيها من حين اللفظ على المذهب المنصوص . وحكي قول مخرج : أنها من وقت البيان ، قال الإمام : وهذا غير سديد .

أما إذا لم ينو معينة ، ثم عين ، فهل يقع الطلاق من حين قال : إحداكما طالق ، أم من حين التعيين ؟ وجهان ، رجحت طائفة الثاني ، منهم الشيخ أبو علي ، ورجح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والروياني وآخرون الأول . قالوا : ولولا وقوع الطلاق ، لما منع منهما ، وهذا أقرب .

قلت : هذا الذي قاله أبو حامد وموافقوه ، هو الصواب . والله أعلم .

فإن قلنا : يقع الطلاق بالتعيين ، فمنه العدة ، وإن قلنا : باللفظ ، فهل العدة منه ، أم من التعيين ؟ فيه الخلاف السابق ، فيما إذا نوى معينة . والأكثرون على أن الراجح ، احتساب العدة من التعيين كيف قدر البناء ، هذا كله في حياة الزوجين ، وسنذكر إن شاء الله تعالى[1] أنهما إذا ماتتا أو إحداهما تبقى المطالبة بالتعيين لبيان حكم الميراث ، وحينئذ فإن أوقعنا الطلاق باللفظ ، فذاك ، وإن أوقعناه بالتعيين ، فلا سبيل إلى إيقاع طلاق بعد الموت ، ولا بد من إسناده للضرورة ، وإلى ما يسند ؟ وجهان ، أصحهما عند الإمام : إلى وقت اللفظ فيرتفع الخلاف ، وأرجحهما عند الغزالي : إلى قبيل الموت .

المسألة الرابعة : لو وطىء إحداهما ، نظر ، إن [كان][2] نوى معينة ، فهي المطلقة ، ولا يكون الوطء بياناً ، بل تبقى المطالبة بالبيان ، فإن بين الطلاق في الموطوءة ، فعليه الحد إن كان الطلاق بائناً ، ويلزمه المهر لجهلها كونها المطلقة ، وإن بين في غير الموطوءة ، قبل ، فإن ادعت الموطوءة أنه أرادها ، حلف ، فإن نكل وحلفت ، طلقتا وعليه المهر ، ولا حد للشبهة .

وإن لم يكن نوى معينة ، فهل يكون الوطء تعييناً؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : نعم ، وبه قال المزني وأبو إسحاق وأبو الحسن الماسرجسي ، ورجحه ابن

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

كج ، والثاني : لا ، وبه قال ابن أبي هريرة ، ورجحه صاحبا « الشامل » و « التتمة » .

قلت : هذا الثاني ، هو الأصح عند الرافعي في « المحرر » ، وهو المختار . قال في « الشامل » : وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله ، فإنه قال : إذا قال : إحداكما طالق ، منع منهما ، ومن يقول : الوطء تعيين ، لا يمنعه وطء أيهما شاء . والله أعلم .

فإن جعلنا الوطء تعييناً للطلاق ، ففي كون سائر الاستمتاعات تعييناً وجهان بناء على الخلاف في تحريم الربيبة بذلك ، وإذا جعلنا الوطء تعييناً للطلاق في الأخرى ، فلا مهر للموطوءة ولا مطالبة ، وإلا فتطالب بالتعيين ، فإن عين الطلاق في الموطوءة ، فلها المهر إن قلنا : يقع الطلاق باللفظ ، وإن قلنا بالتعيين ، فحكى الفوراني أنه لا مهر ، وذكر فيه احتمالاً ، وذكر ابن الصباغ وغيره تفريعاً على أن الوطء تعيين : أن الزوج لا يمنع من وطء أيهما شاء ، وإنما يمنع منهما إذا لم يجعل الوطء تعييناً ، ولما أطلق الجمهور المنع منهما جميعاً ، أشعر ذلك بأن الأصح عندهم ، أنه ليس بتعيين .

الخامسة : في ألفاظ البيان والتعيين ، فإن نوى معينة ، حصل البيان بأن يقول مشيراً إلى واحدة : المطلقة هذه ، ولو قال : الزوجة هذه ، بان الطلاق في الأخرى ، وكذا لو قال : لم أطلق هذه .

ولو قال : أردت هذه بل هذه ، أو قال : هذه وهذه ، أو هذه هذه ، وأشار إليهما ، أو هذه مع هذه ، طلقتا ، قال الإمام : وهذا فيما يتعلق بظاهر الحكم ، فأما في الباطن ، فالمطلقة هي المنوية فقط ، حتى لو قال : إحداكما طالق ونواهما ، فالوجه عندنا أنهما لا تطلقان ، ولا يجيء فيه الخلاف في قوله : أنت طالق واحدة ، ونوى ثلاثاً ، لأن حمل إحدى المرأتين عليهما لا وجه له ، وهناك يتطرق إلى الكلام تأويل .

ولو قال : أردت هذه ثم هذه ، أو هذه فهذه ، قال القاضي حسين وصاحباه المتولي والبغوي : تطلق الأولى دون الثانية لاقتضاء الحرفين الترتيب . وحكى الإمام

هذا عن القاضي ، واعترض بأنه اعترف بطلاق الثانية أيضاً ، فليكن كقوله : هذه وهذه ، والحق هو الاعتراض .

قلت : قول القاضي أظهر. والله أعلم .

ولو قال : أردت هذه بعد هذه ، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها بائناً وحدها . ولو قال : هذه قبل هذه ، أو بعدها هذه ، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها أولاً وحدها ، وقياس الاعتراض ، الحكم بطلاقهما في الصورة ، ولو قال : أردت هذه أو هذه ، استمر الإبهام والمطالبة بالبيان .

ولو كان تحته أربع ، فقال : إحداكن طالق ، ونوى واحدة بعينها ، ثم قال : أردت هذه بل هذه بل هذه ، طلقن جميعاً ، وكذا لو عطف بالواو فلو عطف بالفاء أو بثم ، عاد قول القاضي والاعتراض .

ولو قال وهن ثلاث : أردت أو طلقت هذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأولى وإحدى الأخريين ، ويؤمر بالبيان ، وإن قال : هذه أو هذه ، بل هذه ، طلقت الأخيرة وإحدى الأوليين ، ويؤمر بالبيان . ولو قال : هذه وهذه أو هذه ، نظر إن فصل الثالثة عن الأوليين بوقفة أو بنغمة ، أو أداء ، فالطلاق مردد بين الأوليين وبين الثالثة وحدها ، وعليه البيان ، فإن بين في الثالثة ، طلقت وحدها ، وإن بين في الأوليين أو إحداهما ، طلقتا ، لأنه جمع بينهما بالواو العاطفة ، فلا يفترقان .

وإن فصل الثانية عن الأولى ، تردد الطلاق بين الأولى وإحدى الأخريين ، فإن بيّن في الأولى ، طلقت وحدها . وإن بين في الأخريين أو إحداهما ، طلقتا جميعاً ، وإن سرد الكلام ولم يفصل ، احتمل كون الثالثة مفصولة عنهما ، واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية مفصولة عن الأولى ، فيسأل ويعمل بما أظهر إرادته[1] . ولو

(١) قال الشيخ البلقيني : فيه غلط ومنعان .
فأما الغلط ففي قوله أو إحداهما طلقتا جميعاً ووجه الغلط أنه عطف الثالثة على الثانية بأو ، فكيف يطلقان جميعاً بتبيين الطلاق في إحداهما هذا لا يستقيم وإنما أوقفه في تلك الصورة التي قبلها بأنه إذا عين الطلاق في إحدى الأوليين طلقتا جميعاً من جهة الجمع بينهما بالواو وهذا منتف ها هنا .
وأما المنعان فأحدهما : أن الفصل اليسير الواقع بين الأولى والثانية لا تقتضى ارتفاع حكم الجمع بالواو فلا يتردد الطلاق بين الأولى وإحدى الأخريين ، بل يتردد الطلاق بين الآخرة والأوليين كما سبق في التي قبلها .

قال : هذه أو هذه وهذه ، فإن فصل الثالثة عن الأوليين ، تردد الطلاق بين إحدى الأوليين ، والأخرى مطلقة وحدها . وإن فصل الأخريين عن الأولى ، فالتردد بين الأولى وحدها ، وبين الأخريين معاً ، وإن سرد الكلام ولم يفصل ، فهما محتملان ولو قال وهن أربع وقد طلق واحدة : أردت هذه أو هذه لا ، بل هذه وهذه ، طلقت الأخريان وإحدى الأوليين . ولو قال : هذه وهذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأوليان وإحدى الأخريين . ولو قال : هذه وهذه وهذه أو هذه ، فإن فصل الأخيرة عن الثلاث ، تردد الطلاق بين الثلاث والرابعة . وإن فصل الثالثة عما قبلها ، طلقت الأوليان وإحدى الأخريين ، وإن فصل الثانية عن الأولى ، فينبغي أن يقال : تطلق الأولى ، ويتردد الطلاق بين الثانية والثالثة معاً ، وبين الرابعة وحدها ، فعليه البيان . وإن سرد الكلام ، قال البغوي : تطلق الثلاث أو الرابعة ، ويؤمر بالبيان . فإن بيّن في الثلاث أو بعضهن ، طلقن جميعاً ، وإن بين في الرابعة ، طلقت وحدها . والوجه أن يقال : صورة السرد تحتمل احتمالات الثلاث ، فيراجع ويعمل بمقتضى قوله كما سبق . ولو قال : هذه وهذه ، أو هذه وهذه ، فقد يفصل الأولى عن الثلاث الأخيرة ، ويضم بعضهن إلى بعض ، فتطلق الأولى ويتردد بين الثانية وحدها ، وبين الأخريين معاً . وقد يفرض الفصل بين الأوليين والأخريين ، والضم فيهما ، فتطلق الأوليان والأخريان . وقد يفرض فصل الرابعة عما قبلها فتطلق الرابعة ، ويتردد الطلاق بين الثالثة وحدها وبين الأوليين معاً . ومتى قال : هذه المطلقة ، ثم قال : لا أدري أهي

= المنع الثاني : في قوله ان سرد الكلام لم يفصل احتمل كون الثالثة مفصولة عنهما وهذا الاحتمال هو الظاهر من الكلام . وقوله واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية هذا ممنوع لأن مقتضى الظاهر لا يعارضه ما ذكر ، وقوله مفصولة عن الأولى خبر لكونها وهي الثالثة وهذا لا يصح ، فالمفصولة عن الأولى إنما هي الثانية .

ولو قال احتمل كون الثالثة مفصولة عنهما واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية وأن الثانية مفصولة عن الأولى لزال عنه هذا الأخير والباقي باقي . انتهى .

ونقل في الخادم عن الشيخ عز الدين النشائي في نكت الوسيط أنه قال : هذا غلط وقع في الشرح والروضة والصواب أن يقال طلقت الأولى وتردد الطلاق بين إحدى الأخريين ، وقوله فإن بين في الأولى وحدها فغلط ، وقوله وان بين في الأخريين أو إحداهما طلقتا ، أما طلاقهما إذا بين في إحداهما فغلط ، بل يقتضي الطلاق عليها مع الأولى وهو بيان صحيح موافق لما تلفظ به فإنه لم يحصل بين الأخريين تشريك بالواو ، وبخلاف الأوليين إذا لم يفصل بينهما وفصل الثالثة منهما .

هذه أم غيرها ؟ فتلك طالق بكل حال وتوقف الباقيات ، فإن قال بعد ذلك : تحققت أن المطلقة الأولى ، قبل منه ، ولم تطلق غيرها . وإن عين أخرى ، حكم بطلاقها ، ولم يقبل رجوعه عن الأولى . والوقفة التي جعلناها فاصلة بين اللفظين مع إعمال اللفظين ، هي الوقفة اليسيرة ، فأما إذا طالت ، فقطعت نظم الكلام بأن قال : أردت هذه ثم قال بعد طول المدة : أو هذه وهذه ، فهذا الكلام الثاني لغو إذ لا يستقل بالإفادة ، هذا كله إذا نوى عند اللفظ المبهم واحدة معينة . أما إذا لم ينو فطولب بالتعيين ، فقال مشيراً إلى واحدة : هذه المطلقة ، تعينت ولغا ذكر غيرها ، سواء عطف غيرها بالفاء وثم ، أو بالواو أو بـ« بل » ، لأن التعيين هنا ليس إخباراً عن سابق ، بل هو إنشاء اختيار ، وليس له إلا اختيار واحدة ، وسواء قلنا : يقع الطلاق بالتعيين أو باللفظ .

المسألة السادسة : لو ادعت التي علق طلاقها بكون الطائر غراباً أنها مطلقة ، لزمه أن يحلف جزماً على نفي الطلاق ، كما لو ادعى نسيان المطلقة . ولو ادعت أنه كان غراباً وأنها طلقت ، لزمه أن يحلف على الجزم أنه لم يكن غراباً ، ولا يكتفي بقوله : لا أعلم أنه كان غراباً أو نسيت الحال ، كذا ذكره الإمام ، وفرق بينه وبين ما إذا علق طلاقها بدخول الدار ونحوه وأنكر حصوله ، فإنه يحلف على نفي العلم بالدخول ، لأن الحلف هناك على نفي فعل الغير . وأما نفي الغرابية ، فهو نفي صفة الغير ، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الاطلاع عليها . قال الغزالي في « البسيط » : في القلب من هذا الفرق شيء ، فليتأمل ، ويشبه أن يقال : إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض لها في الجواب .

أما إذا اقتصر على قوله : لست بمطلقة ، فينبغي أن يكتفي منه بذلك كنظائره .

الحالة الثانية : إذا طرأ الموت قبل البيان أو التعيين ، ففيه صورتان . إحداهما : أن تموت الزوجتان أو إحداهما ، ويبقى الزوج ، فتبقى المطالبة بالبيان أو التعيين . وقيل : إذا ماتتا ، سقط التعيين ، وإن ماتت إحداهما ، تعين الطلاق في الأخرى ، ونسب هذا إلى الشيخ أبي محمد وهو بعيد ، والصواب : الأول ، ويوقف له من تركة كل واحدة ميراث زوج ، حتى يبين أو يعين ، فإذا بين أو عين ، لم يرث من المطلقة إن كان الطلاق بائناً ، سواء قلنا : يقع الطلاق عند اللفظ أو عند التعيين ، ويرث من الأخرى ، ثم إن نوى معينة ، فبين ، وقال ورثة الأخرى : هي التي

أردتها ، فلهم تحليفه ، فإن حلف فذاك ، وإن نكل ، حلفوا ومنع ميراثها أيضاً . وإن لم ينو معينة ، وعين ، لم يتوجه لورثة الأخرى دعوى ، لأن التعيين إلى اختياره . وقال الشيخ أبو محمد تفريعاً على ما اختاره : يرث من كل واحدة ميراث زوج وهو ضعيف .

قال ابن كج : وإذا حلفه ورثة الأخرى التي عينها للنكاح ، أخذوا جميع المهر إن كان بعد الدخول ، وإلا أخذوا نصفه . وفي النصف الثاني ، وجهان ، أحدهما : يأخذونه أيضاً عملاً بتصديقه ، والثاني : لا ، لأنها مطلقة قبل الدخول بزعمهم ، ولو كذبه ورثة التي عينها للطلاق وغرضهم استقرار جميع المهر إذا كان قبل الدخول ، فلهم تحليفه وهم مقرون له بإرث لا يدعيه .

الصورة الثانية : أن يموت الزوج قبل البيان أو التعيين ، ففي قيام الوارث مقامه في البيان والتعيين قولان ، وقيل : يقوم في البيان قطعاً ، والقولان في التعيين ، وقيل : لا يقوم في التعيين والقولان في البيان ، لأنه إخبار يمكن الاطلاع عليه ، بخلاف التعيين ، فإنه اختيار شهوة ، فلا يحلفه الوارث ، كما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات ، وقال القفال : إن مات والزوجتان حيتان ، لم يقم الوارث قطعاً لا في البيان ولا في التعيين ، إذ لاغرض له في ذلك ، فإن الإرث لا يختلف بزوجة وزوجتين ، وإن ماتت إحداهما ، ثم الزوج ، ثم الأخرى ، وعين الوارث الأولى للطلاق ، قبل قوله قطعاً ، لأنه يضر نفسه ، وإن عين الأولى للنكاح ، أو مات الزوج وقد ماتتا ، ففيه القولان ، ثم يعود الترتيب المذكور في البيان والتعيين ، والأظهر حيث ثبت قولان : إنه يقوم[1] ، وحيث اختلف في إثبات القولين ، المنع .

فإذا قلنا : لا يقوم ، أو قلنا : يقوم ، فقال : لا أعلم ، فإن مات الزوج قبلهما ، وقف ميراث زوجة بينهما حتى يصطلحا ، أو يصطلح ورثتهما بعد موتهما ، وإن ماتتا قبل موت الزوج ، وقف من تركتهما ميراث زوج ، وإن توسط موته بينهم ، وقف من تركة الأولى ميراث زوج ، ومن تركة الزوج ميراث زوجة ، حتى يحصل الاصطلاح .

---

(١) مخالف لما رجحه الشيخ في المنهاج من أنه يقوم مقامه في التبيين لا في التعيين وصحح ذلك أيضاً في تصحيح .

وإن قلنا : لا يقوم ، أو قلنا : يقوم الوارث مقامه ، فإن مات الزوج قبلهما ، فتعين الوارث كتعينه وإن مات بعدهما ، فإذا بين الوارث واحدة ، فلورثة الأخرى تحليفه أنه لا يعلم أن الزوج طلق مورثتهم ، وان توسط موته بينهما ، فبين الوارث الطلاق في الأولى قبلناه ، ولم نحلفه لأنه ضر نفسه ، وإن بين في المتأخرة ، فلورثة الأولى تحليفه أنه لا يعلم أن مورثه طلقها ، ولورثة الثانية تحليفه على البت أنه طلقها .

فرع : شهد اثنان من ورثة الزوج ، أن المطلقة فلانة ، فيقبل شهادتهما إن مات الزوج قبل الزوجتين لعدم التهمة ، ولا يقبل إن ماتتا قبله ، وإن توسط موته ، نظر إن شهدا بالطلاق للأولى قبل وإلا فلا .

فصل : قال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فعبدي حر ، وإن لم يكن ، فزوجتي طالق ، أو دخل جماعة ، فقال : إن كان أول من دخل زيد ، فعبدي حر ، وإلا فزوجتي طالق ، وأشكل الحال ، ففي وجه حكاه ابن القطان : يقرع بين العبد والزوجة ، كما إذا مات الحالف ، فإن خرجت قرعة العبد ، ثم قال : تبينت أن الحنث كان في الزوجة ، لم ينقض العتق ، وحكم بالطلاق أيضاً ، والصحيح الذي قطع به الجمهور ، أنه لا يقرع ما دام الحلف حياً لتوقع البيان ، لكن يمنع من الاستمتاع بالزوجة ، واستخدام العبد ، والتصرف فيه ، وعليه نفقة الزوجة إلى البيان ، وكذا نفقة العبد على الأصح . وقيل : يؤجره الحاكم ، وينفق عليه من أجرته . فإن فضل شيء ، حفظه حتى يبين الحال . وإذا قال الزوج : حنثت في الطلاق ، طلقت . فإن صدقه العبد ، فذاك ولا يمين عليه على الصحيح ، وحكى الحناطي وجهاً ، أنه يحلف لما فيه من حق الله تعالى ، وإن كذبه وادعى العتق ، صدق السيد بيمينه ، فإن نكل ، حلف العبد ، وحكم بعتقه ، وإن قال : حنثت في العتق ، عتق العبد ، ثم إن صدقته المرأة ، فلا يمين ، وفيه الوجه المذكور ، وإن كذبته ، حلف ، فإن نكل ، حلفت وحكم بطلاقها . وقوله : لم أحنث في يمين العبد ، في جواب دعواه ، وفي غير الجواب كقوله : حنثت في يمين العبد ، ولو قال : لا أعلم في أيهما حنثت ، ففي « الشامل » وغيره ، أنهما إن صدقاه ، بقي الأمر موقوفاً ، وإن كذباه ، حلف على نفي العلم ، فإن حلف ، فالأمر موقوف ، وإن نكل ، حلف المدعي منهما وقضى بما ادعاه .

وإن ادعى أحدهما أنه حنث في يمينه ، فقال في جوابه : لا أدري ، لم يكن إقراراً بالحنث في الآخر ، فإن عرضت عليه اليمين فحلف على نفي ما يدعيه ، كان مقراً بالحنث في الآخر . وإن كان التعليق لطلاق نسوة ، وادعين الحنث ونكل عن اليمين ، فحلف بعضهن دون بعض ، حكم بطلاق من حلف دون من لم يحلف . ولو ادعت واحدة ، ونكل عن اليمين ، فحلفت ، حكم بطلاقها ، وله أن يحلف إذا ادعت أخرى ، ولا يجعل نكوله في واحدة نكولاً في غيرها .

واعلم أن ما سبق من الأمر بالبيان أو التعيين ، والحبس والتعزير عند الامتناع ، قد أشاروا إلى مثله هنا ، لكن إذا قلنا : إنه إذا قال : لا أدري ، يحلف عليه ويقنع منه بذلك ، يكون التضييق إلى أن يبين أو يقول : لا أدري ، ويحلف عليه ، وهكذا ينبغي أن يكون الحكم في إبهام الطلاق بين الزوجتين .

فرع : إذا مات الزوج قبل البيان ، ففي قيام الوارث مقامه طريقان ، أحدهما : على الخلاف السابق في الطلاق المبهم بين الزوجتين ، والثاني : القطع بأنه لا يقوم ، للتهمة في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد ويسقط إرث الزوجة ، ولأن للقرعة مدخلاً في العتق ، وسواء ثبت الخلاف أم لا ، فالمذهب أنه لا يقوم . قال السرخسي في « الأمالي » : هذا الخلاف إذا قال الوارث : حنث في الزوجة ، فإن عكس ، قبل قطعاً لإضراره بنفسه وهذا حسن .

قلت : قد قاله أيضاً غير السرخسي ، وهو متعين . والله أعلم .

فإن لم يعتبر قول الوارث ، أو قال : لا أعلم ، أقرعنا بين العبد والمرأة ، فإن خرجت على العبد ، عتق ويكون عتقه من الثلث إن كان التعليق في مرض الموت ، وترث المرأة إلا إذا كانت قد ادعت الحنث في يمينها وكان الطلاق بائناً . وإن خرجت القرعة على المرأة ، لم تطلق ، لكن الورع أن تترك الميراث ، وهل يرق العبد ؟ وجهان : أحدهما : نعم ، فيتصرف فيه الوارث كيف شاء . وأصحهما : لا ، لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه ، فغيره كذلك ، وعلى هذا ، يبقى الابهام كما كان . وقال ابن أبي هريرة : لا نزال نعيد القرعة حتى تخرج على العبد ، قال الإمام : هذا القول غلط يجب إخراج قائله من أحزاب الفقهاء ، وينبغي لقائله أن يقطع بعتق العبد ، ويترك تضييع الزمان بالقرعة . فالصواب بقاء الإبهام ، وان اعتبرنا

قول الوارث ، فقال : الحنث في العبد ، عتق وورثت الزوجة ، وإن عكس ، فللمرأة تحليفه على البت ، وللعبد أن يدعي العتق ، ويحلفه أنه لا يعلم حنث مورثه فيه .

ونقل الحناطي وجهاً عن ابن سريج ، أنه إذا لم يبين الورثة وقف حتى يموتوا ، ويخلفهم آخرون ، وهكذا إلى أن يحصل بيان ، ووجهاً ، أن الوارث إذا لم يبين حكم عليه بالعتق والطلاق ، وهذان ضعيفان ، والصواب الذي عليه الأصحاب ، ما تقدم وهو الإقراع إذا لم يبين ، وبالله التوفيق .

فصل : ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل منثورة تتعلق بكتاب الطلاق ، نقلتها إلى موضعها اللائقة بها ، ومما لم أنقله مسائل ، منها عن أبي العباس الروياني : لو كان له امرأتان ، فقال مشيراً إلى إحداهما : امرأتي طالق ، وقال : أردت الأخرى ، فهل تطلق الأخرى ، وتبطل الإشارة ، أم تطلقان معاً ؟ وجهان .

قلت : الأرجح الأول . والله أعلم .

وذكر إسماعيل البوشنجي ، أنه لو قال لإحدى نسائه : أنت طالق ، وفلانة أو فلانة ، فإن أراد ضم الثانية إلى الأولى ، فهما حزب ، والثالثة حزب ، والطلاق تردد بين الأوليين والثالثة ، فإن عين الثالثة ، طلقت وحدها ، وإن عين الأوليين او إحداهما ، طلقتا ، وإن ضم الثانية إلى الثالثة وجعلهما حزباً والأولى حزباً ، طلقت الأولى وإحدى الأخريين ، والتعيين إليه ، وهذا الضم والتحزيب يعرف من قرينة الوقفة ، والنغمة كما ذكرناه قريباً في صيغ التعيين ، فإن لم تكن قرينة ، قال : فالذي أراه أنه إن كان عارفاً بالعربية ، فمقتضى الواو الجمع بين الأولى والثانية في الحكم ، فيجعلان حزباً ، والثالثة حزباً ، وإن كان جاهلاً بها ، طلقت الأولى بيقين ، ويخير بين الأخريين . وأنه لو جلست نسوته الأربع صفاً ، فقال : الوسطى منكن طالق ، فوجهان ، أحدهما : لا يقع شيء إذ لا وسطى ، والثاني : يقع على الوسطيين ، لأن الاتحاد ليس بشرط في وقوع اسم الوسطى[1] .

---

(١) قال الشيخ من زيادته : كلا الوجهين ضعيف والمختار ثالث وهو أنه تطلق واحدة من الوسطيين ويعينها الزوج لأن موضوع الوسطى لواحدة فلا يزاد .

=

قلت : كلا الوجهين ضعيف ، والمختار ثالث ، وهو أن يطلق واحدة من الوسطيين ، يعينها الزوج ، لأن موضوع الوسطى لواحدة . فلا يزاد . والله أعلم .

وأنه لو قال لامرأتيه المدخول بهما : أنتما طالقان ، ثم قال قبل المراجعة : إحداكما طالق ثلاثاً ولم ينو معينة ، ثم انقضت عدة إحداهما ، فإن عين في الباقية ، فذاك ، وإن عين في الثانية ، بني على أن التعيين بيان للواقع ، أم إيقاع ؟ إن قلنا بالأول صح ، وإلا فلا . قال : والأول أشبه بالمذهب . ولو انقضت عدتها ، لم يجز له التزوج بواحدة منهما قبل التعيين ، وإلا إذا نكحت زوجاً آخر ، وبالله التوفيق .

الباب السادس في تعليق الطلاق

وهو جائز قياساً على العتق ، وقد ورد الشرع بتعليقه في التدبير .

وإن علقه ، لم يجز له الرجوع فيه ، وسواء علقه بشرط معلوم الحصول ، أو محتمله ، لا يقع الطلاق إلا بوجود الشرط في النوعين .

ولا يحرم الوطء قبل وجود الشرط ووقوع الطلاق .

وإذا علق بصفة ، ثم قال : عجلت تلك الطلقة المعلقة ، لم تتعجل على الصحيح . وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهاً ، أنها تعجل . فإذا قلنا بالصحيح فأطلق وقال : عجلت لك الطلاق ، سألناه ، فإن قال : أردت تلك الطلقة ، صدقناه بيمينه ولم يتعجل شيء ، وإن أراد طلاقاً مبتدأً ، وقع طلقة في الحال .

قلت : وإن لم يكن له نية ، لم يقع في الحال شيء . والله أعلم .

ولو عقب لفظ الطلاق بحرف شرط ، فقال : أنت طالق إن ، فمنعه غيره من الكلام بأن وضع يده على فيه ، ثم قال : أردت أن أعلق على شرط كذا ، صدق بيمينه ، وإنما حلفناه لاحتمال أنه أراد التعليق على شيء حاصل ، كقوله : إن كنت فعلت كذا وقد فعله . ولو قطع الكلام مختاراً حكم بوقوع الطلاق .

ولو ذكر حرف الجزاء ، ولم يذكر شرطاً ، بأن قال : فأنت طالق ، ثم قال : أردت ذكر صفة فسبق لساني إلى الجزاء ، قال القاضي حسين : لا يقبل في الظاهر ،

= قال في الخادم : ما اختاره الشيخ النووي أجاب به القاضي الحسين في تعليقه ثم نقل أن الشيخين ذكرا في باب الكتابة ما يوافق ذلك ثم ذكر بعد ذلك بحث فيه نظر تركته .

لأنه متهم ، وقد خاطبها بصريح الطلاق ، وحرف الفاء ، قد يحتمل غير الشرط ، ربما كان قصده أن يقول : أما بعد ، فأنت طالق .

ولو قال : إن دخلت الدار ، أنت طالق بحذف الفاء ، فقد أطلق البغوي وغيره ، أنه تعليق ، وقال البوشنجي : يسأل ، فإن قال : أردت التنجيز ، حكم به ، وإن قال : أردت التعليق ، أو تعذرت المراجعة ، حمل على التعليق .

ولو قال : إن دخلت الدار وأنت طالق بالواو ، قال البغوي : إن قال : أردت التعليق ، قبل ، أو التنجيز، وقع ، وإن قال : أردت جعل الدخول ، وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق ، قبل ، قال البوشنجي : فإن لم يقصد شيئاً طلقت في الحال ، وألغيت الواو ، كما لو قال ابتداءً : وأنت طالق .

قلت : هذا الذي قاله البوشنجي فاسد حكماً ودليلاً ، وليس كالمتيس عليه ، والمختار ، أنه عند الاطلاق تعليق بدخول الدار ، إن كان قائله لا يعرف العربية ، وإن عرفها ، فلا يكون تعليقاً ولا غيره إلا بنية ، لأنه غير مقيد عنده ، وأما العامي ، فيطلقه للتعليق ، ويفهم منه التعليق . والله أعلم .

ولو قال : أنت طالق وإن دخلت الدار ، طلقت في الحال ، وكذا لو قال : وإن دخلت الدار أنت طالق ، ولم يذكر الواو في « أنت » .

فرع : إذا علق الطلاق بشرط ، ثم قال : أردت الإيقاع في الحال ، فسبق لساني إلى الشرط ، وقع في الحال لأنه غلظ على نفسه .

فصل : اعلم أن هذا الباب واسع جداً ويتلخص لمقصوده في أطراف .

الأول : في التعليق بالأوقات ، وفيه مسائل .

الأولى : قال : أنت طالق في شهر كذا ، أو غرة شهر كذا ، أو أوله ، أو رأس الشهر ، أو ابتداءه ، أو دخوله ، أو استقباله ، أو إذا جاء شهر كذا ، طلقت عند أول جزء منه ، فلو رأوا الهلال قبل غروب الشمس ، لم تطلق حتى تغرب .

ولو قال : في نهار شهر كذا ، أو في أول يوم منه ، طلقت عند طلوع الفجر من اليوم الأول . ولو قال : أنت طالق في يوم كذا ، طلقت عند طلوع الفجر من ذلك اليوم ، وحكى الحناطي قولاً ، أنها تطلق عند غروب الشمس من ذلك اليوم ، وطرَّده

في الشهر أيضاً ، وهو شاذ ضعيف جداً . وعلى قياس هذا ما لو قال : في وقت الظهر أو العصر ، ولو قال : أردت بقولي : في شهر كذا أو في يوم كذا وسطه أو آخره ، لم يقبل ظاهراً على الصحيح ، وحكى ابن كج وغيره في قبوله وجهاً ، ويدين قطعاً . ولو قال : أردت بقولي : في غرته اليوم الثاني أو الثالث ، فكذلك ، لأن الثلاثة الأولى تسمى غرراً ، فلو قال : أردت به المنتصف ، لم يدين ، لأنه لا يطلق على غير الثلاثة الأولى ، وكذا لو قال : في رأس الشهر ، ثم قال : أردت السادس عشر .

الثانية : قال في رمضان : أنت طالق في رمضان ، طلقت في الحال ، ولو قال : في أول رمضان ، وإذا جاء رمضان ، وقع في أول رمضان القابل .

الثالثة : قال : أنت طالق في آخر رمضان ، فهل يقع في جزء من الشهر ، أم أول جزء من ليلة السادس عشر ، أم أول اليوم الأخير منه ؟ فيه أوجه ، أصحها الأول[1] ، ولو قال : أنت طالق في آخر السنة ، فعلى الأول يقع في آخر جزء من السنة ، وعلى الثاني في أول الشهر السابع .

ولو قال : في آخر طهرك ، فعلى الأول يقع في آخر جزء من الطهر ، وعلى الثاني ، في أول النصف الثاني من الطهر . ولو قال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، قال الجمهور : يقع في أول اليوم الأخير .

وقال ابن سريج : في أول النصف الأخير ، وقال الصيرفي أو غيره : في أول اليوم السادس عشر .

ولو قال : أنت طالق في آخر أول الشهر ، قال الجمهور : يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول . وعن ابن سريج ، يقع في آخر جزء من الخامس عشر . وقيل : عند طلوع الفجر في اليوم الأول ، وبهذا قطع المتولي بدلاً عن الأول . فقال : لو قال : أنت طالق أخر أول آخر الشهر ، فمن جعل آخر الشهر اليوم الأخير ، قال : تطلق بغروب الشمس في اليوم الأخير ، لأن ذلك اليوم هو آخر الشهر ، وأوله طلوع الفجر ، وآخر أوله غروب الشمس ، ومن جعل الآخر على النصف الثاني ، فأوله ليلة السادس عشر ، فتطلق عند انقضاء الشهر على الوجهين .

---

(١) الترجيح من عند الشيخ من غير تبيين نعم صححه في المحرر والشرح الصغير كما هو في الروضة .

الرابعة : قال : أنت طالق في سلخ الشهر ، فأوجه .

أحدها : وبه قطع الشيخ أبو حامد ورجحه الغزالي : يقع في آخر جزء من الشهر .

والثاني : وبه قطع المتولي والبغوي : يقع في أول اليوم الأخير .

والثالث : في أول جزء من الشهر ، فإن الانسلاخ يأخذ من حينئذ . وقال الإمام : اسم السلخ يقع على الثلاثة الأخيرة من الشهر ، فتحتمل أن يقع في أول جزء من الثلاثة .

قلت : الصواب الأول ، وما سواه ضعيف . والله أعلم .

الخامسة : قال أنت طالق عند انتصاف الشهر ، يقع عند غروب الشمس في اليوم الخامس عشر ، وإن كان الشهر ناقصاً ، لأنه المفهوم من مطلقه ، ذكره المتولي .

ولو قال : نصف النصف الأول من الشهر ، طلقت عند طلوع الفجر يوم الثامن . ولو قال : نصف يوم كذا ، طلقت عند الزوال لأنه المفهوم منه . وإن كان اليوم يحسب من طلوع الفجر شرعاً ، ويكون نصفه الأول أطول .

السادسة : إذا قال : إذا مضى يوم فأنت طالق ، نظر إن قاله بالليل ، طلقت عند غروب الشمس من الغد ، وإن قاله بالنهار ، طلقت إذا جاء مثل ذلك الوقت من اليوم الثاني ، هكذا أطلقوه .

ولو فرض انطباق التعليق على أول نهار ، طلقت عند غروب شمس يومه . ولو قال : أنت طالق إذا مضى اليوم ، نظر ، إن قاله نهاراً ، طلقت عند غروب شمسه ، وإن كان الباقي منه يسيراً ، وإن قاله ليلاً ، كان لغواً ، إذ لا نهار ، ولا يمكن الحمل على الجنس . ولو قال : أنت طالق اليوم ، طلقت في الحال نهاراً كان أو ليلاً ، قاله المتولي ، ويلغو قوله : اليوم ، لأنه لم يعلق ، وإنما أوقع وسمي الوقت بغير اسمه . ولو قال : أنت طالق الشهر ، أو السنة ، وقع في الحال .

السابعة : قال : إذا مضى شهر فأنت طالق ، لم تطلق حتى يمضي شهر كامل . فإن اتفق قوله في ابتداء الهلال ، طلقت بمضيه تاماً أو ناقصاً ، وإلا فإن قاله

ليلاً ، طلقت إذا مضى ثلاثون يوماً ، ومن ليلة الحادي والثلاثين تقدر ما كان سبق من ليلة التعليق ، وإن قاله : نهاراً[1] كمل من اليوم الحادي والثلاثين بعد التعليق . ولو قال : إذا مضى الشهر ، طلقت إذا انقضى الشهر الهلالي ، وكذا لو قال : إذا مضت السنة ، طلقت بمضي بقية السنة العربية ، وإن كانت قليلة . وإن قال : إذا مضت سنة بالتنكير ، لم تطلق حتى يمضي اثنا عشر شهراً ، ثم إن لم ينكسر الشهر الأول ، طلقت بمضي اثني عشر شهراً بالأهلة ، وإن انكسر به الأول ، حسب أحد عشر شهراً بعده بالأهلة ، وكملت بقية الأول ثلاثين يوماً من الثالث عشر . وفي وجه : أنه إذا انكسر شهر ، انكسر جميع الشهور ، واعتبرت سنة بالعدد ، وقد سبق مثله في السَّلَم وهو ضعيف . ولو شك فيما كان مضى من شهر التعليق ، لم يقع الطلاق إلا باليقين ، وذكر الحناطي في حل الوطء في حال التردد وجهين .

قلت : أصحهما الحل . والله أعلم .

ولو قال : أردت بالسنة ، السنة الفارسية أو الرومية[2] ، دين ولم يقبل ظاهراً على الصحيح . ولو قال : أردت بقولي : السنة سنة كاملة ، دين ولم يقبل ظاهراً .

ولو قال : أردت بقولي سنة بقية السنة ، فقد غلظ على نفسه .

الثامنة : إذا علق الطلاق بصفة مستحيلة عرفاً ، كقوله : إن طرت أو صعدت السماء ، أو إن حملت الجبل ، فأنت طالق ، أو عقلاً كقوله : إن أحييت ميتاً ، أو إن اجتمع السواد والبياض ، فهل يقع الطلاق أم لا ، أم يقع في العقلي دون العرفي ؟ فيه أوجه ، أصحها : لا يقع ، أما في العرفي ، فباتفاق الأصحاب وهو المنصوص ، وأما في العقلي ، فعند الإمام وجماعة خلافاً للمتولي ، والمستحيل شرعاً كالمستحيل عقلاً ، كقوله : إن نسخ صوم رمضان .

إما إذا قال : أنت طالق أمس أو الشهر الماضي ، أو في الشهر الماضي ، فله أحوال .

أحدها : أن يقول : أردت ، أن يقع في الحال طلاق ، يستند إلى أمس أو إلى

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : وإن قال .

(٢) تقدم الكلام على ذلك .

الشهر الماضي ، فلا شك أنه لا يستند ، لكن يقع في الحال على الصحيح . وقيل : لا يقع أصلاً .

الحال الثاني : أن يقول : لم أوقع في الحال ، بل أردت إيقاعه في الماضي ، فالمذهب والمنصوص ، وقوع الطلاق في الحال وبه قطع الأكثرون ، وقيل : قولان ثانيهما : لا يقع .

الحال الثالث : أن يقول : لم أرد إيقاعه في الحال ولا في الماضي ، بل أردت أني طلقتها في الشهر الماضي في هذا النكاح وهي في عدة الرجعية أو بائن الآن ، فيصدق بيمينه ، وتكون عدتها من الوقت الذي ذكره إن صدقته ، ويبقى النظر في أنه كان يخالطها أم لا ؟ وإن كذبته ، فالعدة من وقت الإقرار . وعن القاضي حسين : أنها إن صدقته ، قبل ، وإلا فالقول قولها في أنه أنشأ الطلاق ، وحينئذ يحكم عليه بطلاقين ، والصحيح الأول .

الحال الرابع : قال : أردت أني طلقتها في الشهر الماضي وبانت ، ثم جددت نكاحها ، أو أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق ، قال الأصحاب : ينظر ، إن عرف نكاح سابق ، فطلاق فيه[1] ، أو أقام بذلك بينة وصدقته المرأة في إرادته ، فذاك ،

---

(١) ذلك وكان محتملاً فينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم يعمم بينه وأن لا يقع طلاق وإن كان كاذباً ، ولهذا لو قال ابتداء طلقك في الشهر الماضي زوج غيري لا يحكم بالطلاق عليه وإن كذب .
قال في الخادم : إن كلامه من قوله وكان محتملاً إلى آخره غير منتظم والموجب لذلك اختصاره من أصل سقيم وهو الموجود في غالب النسخ ، والصواب وهو الموجود في أصل صحيح وإن لم يعرف نكاح سابق وطلاق في ذلك النكاح ولم تقم بينة على ذلك لم يصدق وحكم بوقوع الطلاق في الحال .
واعترض الإمام بأن كلامه إما أن يكون محتملاً لما فسر به أو لم يكن محتملاً وجب أن لا يصدق ، فإن قامت بينة على نكاح سابق وطلاق في النكاح ، فإن كان محتملاً فينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم تقم بينة وأن لا يقع الطلاق وإن كان كاذباً ، إلى آخر كلام الروضة فسقط على النساخ من قوله في ذلك النكاح إلى ذلك النكاح فلزم الخلل في الكلام وبان بهذا أن قوله فينبغي إنما هو بحث للإمام والمنقول ما سبق ووهم صاحب المهمات وغيره حيث نسوا الخلل في هذا الموضع للرافعي وليس هو كما قالوا أو عبارة الشرح الصغير توضح المراد حيث قال وإن لم يعرف نكاح سابق وطلاق ولم يقم عليه بينة حكم بوقوع الطلاق في الحال .
قال الإمام : وينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم تقم بينة لأنه محتمل ، ولو لم يكن محتملاً لما صدق ـ إلى آخره .

وإن كذبته وقالت : إنما أردت إنشاء طلاق الآن ، حلف .

وإن لم يعرف نكاح سابق ، وطلاق في ذلك النكاح ، وكان محتملاً ، فينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم يقم بينة ، وإلا يقع الطلاق وإن كان كاذباً ، ولهذا لو قال ابتداءً : طلقك في الشهر الماضي زوج غيري ، لا يحكم بالطلاق عليه وإن كذب .

الحال الخامس : أن يقول : لم أرد شيئاً أو مات ولم يفسر ، أو جن ، أو خرس وهو عاجز عن التفهيم بالإشارة ، فالصحيح وقوع الطلاق ، ولو قال : أنت طالق للشهر الماضي ، ففي « المجرد » للقاضي أبي الطيب : أنه يقع الطلاق في الحال بلا خلاف ، كما لو قال : لرضى فلان ، لكن الكلام في مثل ذلك يستعمل للتاريخ ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة في قوله .

المسألة التاسعة : قال : إذا مات فلان[1] أو إذا قدم فلان ، فأنت طالق قبله بشهر ، أو قال : أنت طالق قبل أن أضربك بشهر ، نظر إن مات فلان أو قدم ، أو ضربها قبل مضي شهر من وقت التعليق ، لم يقع الطلاق . وقيل : يقع عند الضرب ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، وتنحل اليمين . حتى لو ضربها بعد ذلك وقد مضى شهر أو أكثر ، لم تطلق ، وللإمام احتمال أنه لا تنحل لكون الضرب الأول ليس هو المحلوف عليه .

وإن مات أو قدم أو ضرب بعد مضي شهر من وقت التعليق ، تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر ، وتحسب العدة من يومئذ .

ولو ماتت وبينها وبين القدوم دون شهر . لا يرثها الزوج ، ولو خالعها قبل القدوم أو الموت ، فإن كان بين الخلع وقدوم فلان أكثر من شهر ، وقع الخلع صحيحاً ، ولم يقع الطلاق المعلق . وإن كان بينهما دون شهر والطلاق المعلق ثلاث ، فالخلع فاسد والمال مردود .

ولو علق عتق عبده كذلك ثم باعه ، وبين البيع وموت فلان ، أو قدومه أكثر من شهر ، صح البيع ، ولم يحصل العتق .

---

(١) سقط في « ط » .

المسألة العاشرة : قال : أنت طالق غد أمس ، أو أمس غد على الإضافة ، وقع الطلاق في اليوم لأنه غد أمس وأمس غد .

ولو قال : أمس غداً ، أو غداً أمس لا بالإضافة ، طلقت إذا طلع الفجر من الغد ، ويلغو ذكر الأمس . هكذا أطلقه البغوي ، ونقل الإمام مثله في قوله : أنت طالق أمسِ غداً ، وأبدى فيه توقفاً ، لأنه يشبه : أنت طالق الشهر الماضي . ولو قال : أنت طالق اليوم غداً ، وقع في الحال طلقة ، ولا يقع في الغد شيء . ولو قال : أردت اليوم طلقة وغداً أخرى ، طلقت كذلك إلا أن يبين . وإن قال : أردت إيقاع نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً ، فكذلك تطلق طلقتين . ولو قال : أردت نصف طلقة اليوم ونصفها الآخر غداً ، فوجهان ، أحدهما : يقع طلقتان أيضاً ، وأصحهما : لا يقع إلا واحدة ، لأن النصف الذي أخره تعجل ، وبهذا قطع المتولي .

ولو قال : أنت طالق غد اليوم ، فوجهان ، أحدهما : يقع في الحال طلقة ، ولا يقع في غد شيء ، كما سبق في قوله : اليوم غداً ، والثاني وهو الصحيح ، وبه قال القاضي أبو حامد وصححه أبو عاصم : لا يقع في الحال شيء ، ويقع في غد طلقة ، لأن الطلاق تعلق بالغد ، وقوله : بعده اليوم ، كتعجيل الطلاق المعلق ، فلا يتعجل . ولو قال : أنت طالق اليوم وغداً ، وبعد غد ، يقع في الحال طلقة ، ولا يقع في الغد ولا بعده شيء آخر ، لأن المطلقة في وقت مطلقة فيما بعده ، كذا ذكره المتولي .

ولو قال : أنت طالق اليوم ، وإذا جاء الغد ، قال إسماعيل البوشنجي : يسأل . فإن قال : أردت طلقة اليوم وتبقى بها مطلقة غداً ، أو لم يكن له نية ، لم يقع إلا طلقة ، وإن قال : أردت طلقة اليوم وطلقة غداً ، أوقعناه كذلك إن كانت مدخولاً بها .

ولو قال : أنت طالق اليوم ورأس الشهر ، فهو كقوله : اليوم وغداً .

ولو قال : أنت طالق اليوم وفي الغد ، وفيما بعد غد ، قال المتولي : يقع في كل يوم طلقة . قال : وكذلك لو قال : في الليل وفي النهار ، لأن المظروف يتعدد بتعدد الظرف ، وليس هذا الدليل بواضح فقد يتحد المظروف ، ويختلف الظرف .

ولو قال : أنت طالق بالليل والنهار ، لم تطلق إلا واحدة . ولو قال : أنت طالق اليوم أو غداً ، فوجهان ، الصحيح : لا يقع إلا في الغد لأنه اليقين . والثاني : يقع في الحال تغليباً للإيقاع ، ولو قال : أنت طالق غداً أو بعد غد ، أو إذا جاء الغد أو بعد غد ، قال البوشنجي : لا تطلق في الغد ، قال : وعلى هذا استقر رأي أبي بكر الشاشي وابن عقيل ببغداد ، وهذا يوافق الصحيح من هذين الوجهين السابقين . ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، فوجهان . أحدهما عن ابن سريج وصاحب « التقريب » : لا تطلق أصلاً ، لأنه علقه بمجيء الغد ، فلا يقع قبله ، وإذا جاء الغد ، فقد مضى اليوم الذي جعله محلاً للإيقاع . والثاني : إذا جاء الغد ، وقع الطلاق مستنداً إلى اليوم ، ويكون كقوله : إذا قدم زيد ، فأنت طالق اليوم .

قلت : الأصح لا تطلق ، وبه قطع صاحب « التنبيه » وهو الأشبه بالتعليق بمحال . والله أعلم .

ولو قال : أنت طالق الساعة إذا دخلت الدار ، قال البوشنجي : هو كقوله : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد .

المسألة الحادية عشرة : إذا قال لمدخول بها : أنت طالق ثلاثاً ، في كل سنة طلقة ، وقع في الحال طلقة ، ثم إن أراد السنين العربية ، وقعت أخرى في أول المحرم المستقبل ، وأخرى في أول المحرم الذي بعده . وإن أراد أن بين كل طلقتين سنة ، وقعت الثانية عند انقضائه سنة كاملة من وقت التعليق ، والثالثة بعد انقضاء سنة كاملة بعد ذلك ، وهذا مفروض فيما إذا امتدت العدة أو راجعها فلو بانت وجدد نكاحها وهذه المدة باقية ، ففي وقوع الطلاق قولا عود الحنث فإن قلنا : يعود وكان التجديد في خلال السنة ، تطلق في الحال ، وإن أطلق السنين ، فهل ينزل على العربية أم على الاحتمال الثاني ؟ فيه وجهان . أصحهما : الثاني ، وإن قال : أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أيام ، أو في كل يوم طلقة ، فإن قالها بالنهار ، وقع في الحال طلقة ، وبطلوع الفجر في اليوم الثاني أخرى ، وبطلوعه في الثالث أخرى . فلو قال : أردت أن يكون بين كل طلقتين يوم دين ، وفي قبوله ظاهراً وجهان ، أقيسهما : القبول ، وإن قاله بالليل ، وقع ثلاث طلقات بطلوع الفجر في الأيام الثلاثة التالية للتعليق .

الثانية عشرة[١] : قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، فمضى اليوم ولم يطلقها ، فوجهان . قال ابن سريج وغيره : لا طلاق ، وقال الشيخ أبو حامد : تقع في آخر لحظة من اليوم ، وهو إذا بقي من اليوم زمن لا يسع التطليق .

قلت : هذا الثاني : أفقه ، وهو المختار . والله أعلم .

الثالثة عشرة[٢] : قال : أنت طالق في أفضل الأوقات ، طلقت ليلة القدر ، ولو قال : أفضل الأيام ، طلقت يوم عرفة ، وفي وجه : يوم الجمعة عند غروب الشمس ، ذكره القفال في « الفتاوى » .

قلت : تخصيصه بـ « عند غروب الشمس » ضعيف أو غلط ، لأن اليوم يتحقق بطلوع الفجر ، فإن تخيل متخيل أن ساعة الإجابة ، قد قيل : إنها آخر النهار ، فهو وهم ظاهر لوجهين ، أحدهما : أن الصواب أن ساعة الإجابة ، من حين يجلس الإمام عند المنبر ، إلى أن تقضى الصلاة ، كذا صرح به رسول الله ﷺ في « صحيح مسلم » ، والثاني : أنه لم يعلق بأفضل أوقات اليوم ، بل اليوم الأفضل ، واسم اليوم الأفضل يحصل بطلوع الفجر . والله أعلم .

الرابعة عشرة[٣] : في « فتاوى القفال » . لو قال : أنت طالق بين الليل والنهار ، لا تطلق ما لم تغرب الشمس .

قلت : هذا إذا كان نهاراً ، فإن علق ليلاً ، طلقت بطلوع الفجر . والله أعلم .

الخامسة عشرة[٤] : في فتاوى القفال . لو قال : أنت طالق قبل موتي ، طلقت في الحال[٥] ، وإن قال : قبيل بضم القاف وفتح الباء أو قبيل بزيادة ياء ، لا تطلق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته . ولو قال : بعد قبل موتي ، طلقت في الحال ، لأنه بعد قبل موته ، ويحتمل أن لا يقع ، لأن جميع عمره قبل الموت . ولو قال : أنت

---

(١) في « ط » : المسألة الثانية عشرة .

(٢) في « ط » : المسألة الثالثة عشرة .

(٣) في « ط » : المسألة الرابعة عشرة .

(٤) في « ط » : المسألة الخامسة عشرة .

(٥) قال الإمام : وينبغي وإن قال قبل بضم القاف وفتح الباء زيادة الشيخ على الرافعي قال في الخادم وهو سبق قلم من ضم الباء إلى فتحها .

طالق قبل أن تدخلي الدار ، أو قبل أن أضربك ونحو ذلك مما لا يقع بوجوده ، قال إسماعيل البوشنجي : يحتمل وجهين ، أحدهما : وقوع الطلاق في الحال ، كقوله : قبل موتي أو موت فلان . وأصحهما : لا يقع حتى يوجد ذلك الفعل ، فحينئذ يقع الطلاق مستنداً إلى حال اللفظ ، لأن الصيغة تقتضي وجود ذلك الفعل ، وربما لا يوجد ، ولو قال : أنت طالق تطليقة قبلها يوم الأضحى ، سألناه ، فإن أراد الأضحى الذي بين يديه ، لم تطلق حتى يجيء ذلك الأضحى وينقرض ، ليكون قبل التطليقة ، وإن أراد الأضحى الماضي طلقت في الحال كما لو قال : يوم السبت أنت طالق طلقة قبلها يوم الجمعة .

قلت : فإن لم يكن له نية ، لم يقع حتى ينقضي الأضحى الذي بين يديه . والله أعلم .

ولو قال : أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر ، فمات أحدهما قبل شهر ، لم تطلق ، وإن مات أحدهما بعد مضي شهر ، فوجهان ، أحدهما : تطلق قبل موته بشهر ، لأنه وإن تأخر موت الآخر ، فيصدق عليه أنه وقع قبل موتهما بشهر ، والثاني : لا تطلق أصلاً ، لأنه في العرف لا يقال : طلقت قبل موته بشهر ، إلا إذا لم يزد ولم ينقص ، وهذا الثاني خرجه البوشنجي ، ونظير المسألة ، قوله : أنت طالق قبل عيدي الفطر والأضحى بشهر ، فعلى الأول تطلق أول رمضان ، وعلى الثاني ، لا تطلق .

قلت : الصواب الأول ، والثاني غلط ، ولا أطلق عليه اسم الضعيف ، وعجب ممن يخرج مثل هذا أو يحكيه ويسكت عليه . والله أعلم .

فرع : في فتاوى القاضي حسين : أنه لو قال : أنت طالق قبل ما بعده رمضان ، وأراد الشهر ، طلقت في آخر جزء من رجب ، وإن أراد اليوم بليلته ، ففي آخر جزء من التاسع والعشرين من شعبان ، وإن أراد مجرد اليوم ، فقبيل فجر يوم الثلاثين من شعبان ، وإن قال : بعد ما قبله رمضان وأراد الشهر ، طلقت عند استهلال ذي القعدة . وإن أراد الأيام ، ففي اليوم الثاني من شوال .

السادسة عشرة : قال : أنت طالق كل يوم ، فوجهان حكاهما أبو العباس

الروياني ، أحدهما : تطلق كل يوم طلقة ، حتى يكمل الثلاث ، وهو مذهب أبي حنيفة ، والثاني : لا يقع إلا واحدة ، والمعنى : أنت طالق أبداً .

قلت : الأول أصح ، لأنه السابق إلى الفهم . والله أعلم .

ولو قال : أنت طالق يوماً ويوماً لا ، ولم ينو شيئاً ، وقع واحدة ، وقال البوشنجي : المفهوم منه وقوع ثلاث طلقات آخرهن في اليوم الخامس . وإن قال : أردت طلقة ، يثبت حكمها في يوم دون يوم ، أو تقع في يوم دون يوم ، وقعت طلقة .

السابعة عشرة : قال : أنت طالق إلى شهر ، قال المتولي وغيره : يقع الطلاق بعد مضي شهر ، ويتأبد إلا أن يريد تنجيز الطلاق وتوقيته ، فيقع في الحال مؤبداً ، قال البوشنجي : ويحتمل أن يقع في الحال عند الإطلاق .

قلت : هذا الاحتمال ضعيف . والله أعلم .

الثامنة عشرة : قال : أنت طالق غداً ، أو عبدي حر بعد غد ، قال البوشنجي : يؤمر بالتعيين ، فإذا عين الطلاق أو العتق . يعين في اليوم الذي ذكره .

قال : ولو قال : أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم ، كان الحكم كما لو تزوجها قبل الأمس .

قال : ولو قال : أنت طالق طلقة ، لا تقع عليك إلا غداً ، طلقت بمجيء الغد ، كما لو قال : طلقة تقع عليك غداً . قال : ولو قال : أنت طالق اليوم ، وإن جاء رأس الشهر ، طلقت في الحال ، كقوله : أنت طالق اليوم وإن دخلت الدار .

الطرف الثاني : في التعليق بالتطليق ، ونفيه ونحوهما . قال الأصحاب : الألفاظ التي يعلق بها الطلاق بالشرط والصفات « من » و« إن » و« إذا » و« متى » ، و« متى ما » ، و« مهما » ، و« كلما » ، و« أي »[1] .

---

(١) قال في الخادم : قضيته الحصر في تلك الأدوات وليس كذلك فإن التعليق يكون بإن ما على مذهب سيبويه ، وما الشرطية نحو ما فعلت من كيت وأيان وهي كمن في تعميم الأوقات وإذا ما وأين وحيثما لتعميم الأمكنة وأنّى للتعليق على المكان بمعنى أين والتعليق على الأحوال ، وكيف نحو كيف تجلسي فأنت طالق ، وكذلك كيف ما ، فهذه تسعة ألفاظ فالمجموع سبعة عشر وزاد شارح التعجيز لو ، وسبقه إليه =

كقوله : من دخلت منكن ، أو إن دخلت ، أو إذا دخلت ، أو متى ، أو متى ما ، أو مهما ، أو كلما ، أو أي وقت ، أي زمان دخلت ، فأنت طالق . ثم إن كان التعليق بإثبات فعل ، لم يقتض شيء منها الفور ، ولم يشترط وجود المعلق عليه في المجلس ، إلا إذا كان التعليق بتحصيل مال ، بأن يقول : إن ضمنت لي ، أو إن أعطيتني ألفاً ، فإنه يشترط الفور في الضمان والإعطاء في بعض الصيغ المذكورة ، كما سبق في كتاب الخلع ، وإلا إذا علق الطلاق على مشيئتها فإنه تعتبر مشيئتها على الفور كما سبق ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا يقتضي شيء من هذه الصيغ تعدد الطلاق بتكرر الفعل ، بل إذا وجد الفعل المعلق عليه مرة ، انحلت اليمين ولم يؤثر وجوده ثانياً إلا « كلما » فإنها تقتضي التكرار بالوضع والاستعمال ، وحكى الحناطي وجهاً ، أن « متى » ،و« متى ما » يقتضيان التكرار ، ووجهاً أن « متى ما » تقتضيه دون « متى » ، وهما شاذان ضعيفان .

فصل : إذا قال : إن طلقتك ، أو إذا طلقتك ، أو متى طلقتك فأنت طالق ، ثم طلقها ، نظر إن كان مدخولاً بها ، وقع طلقتان ، إحداهما : المنجزة ، والأخرى المعلقة ، سواء طلق بصريح أو كناية مع النية ، ولو طلقها طلقتين وقع ثلاث ، الثالثة بالتعليق ، ولو قال : لم أرد التعليق ، إنما أردت أني إذا طلقتها تكون مطلقة بتلك الطلقة ، دين ولم يقبل ظاهراً .

ولو وكل فطلقها وكيله ، وقعت المنجزة فقط ، لأنه لم يطلقها هو ، وأما إذا لم يكن مدخولاً بها ، فيقع ما نجزه وتحصل البينونة ، فلا يقع شيء آخر ، وتنحل اليمين ، فلو نكحها بعد ذلك وطلقها ، لم يجيء الخلاف في عود الحنث .

ولو خالعها وهي مدخول بها ، أو غيرها ، لم يقع الطلاق المعلق لحصول البينونة بالخلع ، ثم إن جعلنا الخلع طلاقاً ، انحلت اليمين ، وإن جعلناه فسخاً ، لم تنحل ، وحكى الحناطي وجهاً ، أنه يقع في غير المدخول بها وفي الخلع طلقتان وهو غريب ضعيف .

= الماوردي إلى آخر ما ذكره. وقد يقال: مراد الشيخين الألفاظ المتعارفة بين الفقهاء في أبواب الفقه ، وليس مرادهما حصر ذلك من جهة اللغة فمقامهما أجل من ذلك .

فرع : [الطلقة][1] المعلقة بصفة ، هل تقع مع الصفة مقترنة بها ، أم تقع مترتبة على الصفة ؟ وجهان ، أصحهما والمرضي عند الإمام وقول المحققين : إنها معها ، لأن الشرط علة وضعية ، والطلاق معلولها فيتقاربان في الوجود ، كالعلة الحقيقية مع معلولها . فمن قال بالترتيب قال : إنما لم يقع على غير المدخول بها الطلقة الثانية في المسألة السابقة ، لكونها بانت بالمنجزة . ومن قال بالأصح وهو المقارنة ، قال : إنما لم تقع في الثانية ، لأن قوله : إن طلقتك ، فأنت طالق ، معناه : إن صرت مطلقة ، وبمجرد مصيرها مطلقة ، بانت .

فرع : كما أن تنجيز الطلاق تطليق يقع به الطلقة المعلقة بالتطليق في المدخول بها ، فكذا تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق . فإذا قال : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت ، وقع طلقتان ، وكما أن التعليق بالصفة مع الصفة تطليق ، فالتعليق مع الصفة إيقاع للطلاق . فإذا قال : إذا أوقعت عليك الطلاق ، فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت ، وقع طلقتان . وقال الشيخ أبو حامد : لا يقع إلا طلقة ، وحكاه صاحبا « المهذب » و« التهذيب » ، وزعم قائله أن لفظ الإيقاع يقتضي طلاقاً يباشره بخلاف التطليق ، والصحيح الأول .

وأما مجرد الصفة ، فليس بتطليق ولا إيقاع ، لكنه وقوع ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال : إن طلقتك ، أو إذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، لا يقع المعلق بالتطليق أو الإيقاع ، بل يقع طلقة بالدخول . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، وقع طلقتان ، وتطليق الوكيل وقوع على الصحيح .

وأما مجرد التعليق ، فليس بتطليق ولا إيقاع ولا وقوع .

وإذا قال : كلما وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق ، ثم طلقها ، وقع ثلاث طلقات ، فيقع بوقوع الأولى ثانية ، وبوقوع الثانية ثالثة .

ولو قال : كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم طلقها ، وقع طلقتان على الصحيح

(١) في الأصل المطلقة ، والمثبت من « ط » .

والمشهور ، وحكى ابن كج عن القاضي أبي حامد وغيره وقوع ثلاث ، وجعله الحناطي قولاً منسوباً إلى كتاب البويطي . فإذا قلنا بالصحيح : لا تنحل اليمين لاقتضاء اللفظ التكرار . قال البغوي : لكن لا تظهر فائدة هنا ، لأنه إذا طلقها أخرى ، كان بالمنجزة مستوفياً للثلاث ، ولا تعود اليمين بعد استيفاء الثلاث على المذهب ، ولو قال : كلما طلقتك ، فأنت طالق ، ثم قال : إذا أوقعت عليك طلاقي ، فأنت طالق ، ثم طلقها ، طلقت ثلاثاً .

فرع : قال لها : إذا أعتقت عبدي ، فأنت طالق ، ثم قال للعبد : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم دخل ، عتق وطلقت ، لأن التعليق مع الدخول إعتاق كما أنه تطليق ، ولو قدم تعليق العتق ، فقال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم قال لامرأته : إن أعتقت عبدي ، فأنت طالق ، ثم دخل العبد ، عتق ولم تطلق المرأة ، فلو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم قال لها : إذا عتق أو وقع عليه العتق ، فأنت طالق ، ثم دخل ، عتق وطلقت .

فرع : تحته حفصة وعمرة ، فقال لحفصة : إذا طلقت عمرة ، فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت ، طلقتا جميعاً .

ولو قال لعمرة : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقت عمرة ، فأنت طالق ، ثم دخلت عمرة ، طلقت ولم تطلق حفصة .

ولو قال لحفصة : متى وقع طلاقي على عمرة ، فأنت طالق ، وعلق طلاق عمرة بدخول الدار قبل تعليق حفصة أو بعده ، ثم دخلت عمرة ، طلقتا .

ولو قال لحفصة : إن طلقت عمرة ، فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن طلقت حفصة ، فأنت طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقت حفصة طلقتين ، وعمرة طلقة .

ولو طلق عمرة بدل حفصة ، طلقتا طلقة طلقة فقط .

ولو كان تعليق الطلاقين بصيغة « إذا » أو « متى » أو « مهما » أو « كلما » فكذلك الجواب ، لأن التطليق لم يتكرر ، ولا مزية لكلما .

ولو قال لحفصة : إن وقع طلاقي على عمرة ، فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن وقع طلاقي على حفصة ، فأنت طالق ، ثم طلق إحداهما ، طلقت طلقة منجزة وتقع

على صاحبتها طلقة بالصفة ، ثم يعود إلى المنجز طلاقها طلقة أخرى بالوقوع على صاحبتها ، ولو علق هكذا بصيغة « كلما » ، ثم طلق إحداهما ، طلقتا ثلاثاً ثلاثاً .

ولو قال لحفصة : إذا طلقتك ، فعمرة طالق ، ثم قال لعمرة : إذا طلقتك ، فحفصة طالق ، فقد علق بطلاق المخاطبة طلاق صاحبتها بخلاف الصورة السابقة وحكم هذه ، أنه إن طلق بعد ذلك حفصة ، طلقت طلقة فقط ، وطلقت عمرة بالصفة ، ولم تعد إلى حفصة طلقة أخرى ، لأن طلاقها معلق بتطليق عمرة ، ولم يطلق عمرة بعد ما علق طلاق حفصة تنجيزاً ، ولا أحدث تعليقاً .

ولو طلق عمرة أولاً ، طلقت طلقة منجزة ، وطلقت حفصة طلقة بالصفة ، وعاد بطلاقها إلى عمرة طلقة أخرى .

فرع : تحته أربع ، فقالت : كلما طلقت واحدة منكن ، فالأخريات طوالق ، ثم طلق واحدة ، طلقن طلقة طلقة ، فإن طلق أخرى ، طلقن أخرى أخرى ، فإن طلق ثالثة ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، ولو قال : كلما طلقت واحدة منكن ، فأنتن طوالق ، ثم طلق إحداهن ، طلقت هي طلقتين ، والباقيات طلقة طلقة ، فإن طلق ثانية ، تم لها وللأولى ثلاث ثلاث ، وللثالثة والرابعة ، طلقتان طلقتان ، فإن طلق إحداهما ، تم لهما أيضاً الثلاث .

فرع : له نسوة نكحهن مرتباً ، فقال : إن طلقت الأولى ، فالثانية طالق ، وإن طلقت الثانية ، فالثالثة طالق ، وإن طلقت الثالثة ، فالأولى طالق ، فإن طلق الأولى ، طلقت هي والثانية ، دون الثالثة ، وإن طلق الثانية ، طلقت هي والثالثة ، دون الأولى ، وإن طلقت الثالثة ، طلقت هي والأولى والثانية ، وإن طلق واحدة لا بعينها ومات قبل البيان ، فإن كان الطلاق قاطعاً للإرث ، لكونه ثلاثاً ، أو قبل الدخول ، فليس للثانية المخاصمة للميراث لأنها مطلقة على كل تقدير والأولى والثالثة المخاصمة ، لأن احتمال عدم الطلاق قائم في حق كل منهما ، فيوقف الأمر إلى الاصطلاح .

فصل : له أربع نسوة وعبيد ، فقال : إن طلقت واحدة من نسائي ، فعبد من عبيدي حر ، وإن طلقت ثنتين ، فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثاً ، فثلاثة أعبد

أحرار ، وإن طلقت أربعاً ، فأربعة أعبد أحرار، ثم طلقهن معاً، أو على الترتيب ، عتق عشرة أعبد ، وهكذا الحكم إذا علق بصيغة « إذا » أو « متى » أو « مهما » ، وما لا يقتضي التكرار ، أما إذا علق هذه التعليقات بلفظ « كلما » ثم طلقهن معاً ، أو على الترتيب ، فيعتق خمسة عشر عبداً ، وقيل : عشرة ، وقيل : سبعة عشر ، وقيل : عشرون ، وقيل : ثلاثة عشر ، حكاه القاضي أبو الطيب في كتابه « المجرد » ، والصحيح الأول ، واتفق الأصحاب على تضعيف ما سواه ، والرجوع في تعيين العبيد إليه .

فصل في التعليق بنفي التطليق : وفي معناه التعليق بنفي دخول الدار والضرب ، وسائر الأفعال ، فإذا قال : إن لم أطلقك ، فأنت طالق ، لم يقع الطلاق حتى يحصل اليأس من التطليق .

ولو قال : إذا لم أطلقك ، فأنت طالق ، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه ، فلم يطلق ، طلقت ، هذا هو المنصوص في الصورتين ، وهو المذهب ، وقيل : قولان فيهما بالنقل والتخريج ، ولو قال : متى لم أطلقك ، أو « مهما » ، أو أي حين ، أو كلما لم أفعل ، أو تفعلي كذا ، فأنت طالق ، فمضى زمن يسع الفعل ولم يفعل ، طلقت على المذهب ، كلفظ إذا ، وأشار الحناطي إلى خلافٍ ، وضبط الأصحاب هذا تفريعاً على المذهب ، بأن أدوات التعليق كلها تقتضي الفور في طرف النفي ، إلا لفظة « إن » ، فإنها للتراخي ، وفي تسمية هذا فوراً وتراخياً ، نوع توسع ، ولكن المعنى مفهوم ، ولو علق النفي بلفظة « إن » ، وقيد بزمان ، فقال : إن لم أطلقك اليوم ، فأنت طالق ، وقلنا بالمذهب ، فإذا مضى اليوم ولم يطلق ، حكم بوقوع الطلاق قبيل غروب الشمس لحصول اليأس حينئذ ، ولو قال : إن تركت طلاقك ، فأنت طالق ، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق ، طلقت ، بخلاف طرف النفي ، ولو طلقها في الحال واحدة ثم سكت ، لم يقع أخرى لأنه لم يترك طلاقها . قال البغوي : ولو قال : إن سكت عن طلاقك ، فأنت طالق فلم يطلقها في الحال ، وقع طلقة ، وإن طلقها في الحال ثم سكت ، وقعت أخرى بالسكوت ، ولا تطلق بعد ذلك لانحلال اليمين[1] .

---

(١) قال في المهمات : تفريقه ـ يعني الرافعي ـ بين أن يقول إن سكت وإن تركت بالنسبة إلى الوقوع . ثانياً =

فرع : قال : كلما سكت عن طلاقك ، أو كلما لم أطلقك ، فأنت طالق ، ومضت ثلاثة أوقات تسع ثلاث طلقات بلا تطليق ، طلقت ثلاثاً ، وهذه الصور في المدخول بها ، فلو قال لغير المدخول بها : كلما لم أطلقك فأنت طالق ، ومضت لحظة لم يطلقها ، بانت ولا تلحقها الثانية ، فلو جدد نكاحها وقلنا : يعود الحنث ، فمضت لحظة ، وقعت طلقة أخرى ، ولو قال للمدخول بها عقب هذا التعليق بكلما : أنت طالق على ألف ، فقبلت ، بانت ولم تقع الثانية ، فإن جدد نكاحها ، عاد قولا عود الحنث .

فرع : إذا قلنا بالمذهب وهو الفرق بين « إن » و« إذا » فقال : أردت بإذا معنى إن ، دُيِّن ، ويقبل أيضاً ظاهراً على الأصح ، وحيث قلنا : في « إن » أو « إذا » إنه إذا مضى زمن يسع التطليق فلم يطلق يقع ، فأمسك رجل فمه ، أو أكرهه على الامتناع من التطليق ، قال الحناطي : يخرج على الخلاف في حنث الناسي والمكره ، وحيث قلنا : لا يقع الطلاق حتى يتحقق اليأس من التطليق . ولليأس طرق ، أحدها : أن يموت أحد الزوجين قبل التطليق ، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الموت .

الثاني : إذا جن الزوج ، لا يحصل اليأس لاحتمال الإفاقة ، فإن اتصل بالموت ، تبينا حصول اليأس من وقت الجنون ، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الجنون .

الثالث : إذا فسخ النكاح بسبب ، لم يحصل اليأس ، لاحتمال التجديد ، لأن البر والحنث لا يختص بحال النكاح ، ولذلك تنحل اليمين بوجود الصفة في

= تبعه في الروضة عليه ولا أدري ما وجهة الصواب التسوية وأن يجعل هذا من الأجوبة المختلفة .
قال في الخادم : فرق الماوردي بينهما بأن قوله إن تركت طلاقك فأنت طالق بمنزلة إن لم أطلقك فأنت طالق ، فإذا طلقها وقع المنجز دون المعلق وارتفع حكم التعليق لأنه مشروط بعدم التطليق وقد زال الشرط بوقوع المنجز فلم يبق للتعليق حكم كما لو قال أنت طالق إلا أن أدخل ثم دخل فإنه لا يقع الطلاق المعلق على عدم الدخول لأنه رفع حكم الطلاق المعلق بالدخول ، وأما قوله إن سكت عن طلاقك فأنت طالق ثم طلقها عقب ذلك يقع المنجز ولم يبطل حكم التعليق لبقاء شرطه وهو التعليق على السكوت . والمتلفظ بالطلاق وغيره لا يسمى ساكتاً حال تلفظه وإذا لم يوجد سكوت عن الطلاق فيبقى التعليق على حاله ، وإن سكت عقب المنجز لحظة وقع المعلق والمعلق بالسكوت لا يسمى ساكتاً حال تلفظه بالطلاق المنجز .

البينونة ، فإن مات أحدهما قبل التجديد والتطليق ، حكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ[1] هكذا قاله الإمام ، وتابعه الغزالي وغيره . قالوا : وإنما يتصور ذلك في الطلاق الرجعي ، ليمكن اجتماعه هو والانفساخ ، فلو كان الطلاق بائناً لكونه ثلاثاً ، أو قبل الدخول ، لم يمكن إيقاعه قبل الانفساخ ، لما فيه من الدور ، فإنه لو وقع لما حصل الانفساخ ، ولو لم يحصل الانفساخ لم يحصل اليأس ، وإذا لم يحصل اليأس ، لم يقع الطلاق ، فيلزم من وقوعه عدم وقوعه ، وهذا من قبيل الدَّور الحكمي ، وأما إذا جدد نكاحها بعد الانفساخ ، فإن طلقها في النكاح الثاني ، لم يفت التطليق ، بل قد حصل ، وإن لم يطلقها حتى مات أحدهما ، بني على قولي عود الحنث ، إن قلنا : يعود ، طلقت في النكاح الثاني قبل الموت ، وبنينا النكاح على النكاح ، وإن قلنا : لا يعود الحنث ، لم يمكن إيقاع الطلاق قبيل الموت ، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ كما سبق . واعلم أن هذه الطرق الثلاثة ، هي فيما إذا كان التعليق بنفي التطليق ، أما إذا علق بنفي الضرب وسائر الأفعال ، فالجنون لا يوجب اليأس ، وإن اتصل به الموت ، قال الغزالي : لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها ، كضرب العاقل على الصحيح ، ولو أبانها ودامت البينونة إلى الموت ، ولم يتفق الضرب ، لم يقع الطلاق ولا يحكم بوقوعه قبيل البينونة ، بخلاف قوله : إن لم أطلقك ، لأن الضرب بعد البينونة ممكن ، والطلاق بعد البينونة غير ممكن ، وإذا كان التعليق بنفي الضرب ونحوه من الأفعال ، فعروض الطلاق كعروض الفسخ والانفساخ ، لكن ينبغي أن يبقى من الطلاق عدد يمكن فرضه ، مستنداً إلى قبيل الطلاق ، فأما في التعليق بنفي التطليق ، فإنما تفرض البينونة بالانفساخ ، لأنه لو طلقها بطلت الصفة المعلق عليها ، ويمكن أن تفرض في طلاق الوكيل ، فإنه لا تفوت الصفة .

فصل : « إن » الشرطية هي بكسر الهمزة ، فإن فتحت ، صارت للتعليل ، فإذا قال : أنت طالق أن لم أطلقك بفتح الهمزة ، طلقت في الحال ، ثم الذي قاله الشيخ أبو حامد ، والإمام ، والغزالي ، والبغوي ، ان هذا في حق من يعرف اللغة ،

---

(١) قال في الخادم ما ذكره من أن البر والحنث لا يختص بحال النكاح صحيح في البر عند الجمهور خلافاً للاصطخري ، وأما الحنث فوهم فإنه يختص بحالة النكاح قطعاً ، ولهذا سقطت هذه اللفظة من أكثر نسخ الشرح .

ويفرق بين أن وإن ، فإن لم يعرف ، فهو للتعليق . وقال القاضي أبو الطيب : يحكم بوقوع الطلاق في الحال ، إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة ولا يميز ، وقال : قصدت التعليق ، فيصدق ، وهذا أشبه ، وإلى ترجيحه ذهب ابن الصباغ ، وبه قطع المتولي .

قلت : الأول أصح ، وبه قطع الأكثرون[1] . والله أعلم .

وعلى هذا القياس طرق الإثبات ، فإذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن دخلت الدار فأنت طالق ، طلقت في الحال وإن لم تكن دخلت الدار ، ولو قال : أنت طالق إن طلقتك ، حكم بوقوع طلقتين ، واحدة بإقراره ، وأخرى بإيقاعه في الحال ، لأن المعنى : أنت طالق لأني طلقتك ، ولو قال : أنت طالق إذ دخلت الدار ، طلقت في الحال ، لأن « إذ » للتعليل أيضاً . فإن كان القائل لا يميز بين « إذ » و« إذا » ، فيمكن أن يكون الحكم كما لو لم يميز بين إن وأن .

فرع : قال : أنت طالق طالقاً ، قال الشيخ أبو عاصم : لا يقع في الحال شيء ، لكن إذا طلقها وقع طلقتان ، والتقدير : إذا صرت مطلقة فأنت طالق ، وهذا في المدخول بها ، ولو قال : أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً ، فإن طلقها قبل الدخول ، فدخلت الدار طالقاً ، وقعت المعلقة إذا لم تحصل البينونة بذلك الطلاق ، وإن دخلت غير طالق ، لم تقع تلك المعلقة ، ولو قال : أنت طالق فطالق إن دخلت الدار طالقاً ، فهذا تعليق طلقتين بدخولها الدار طالقاً ، فإن دخلت طالقاً ، وقع طلقتان بالتعليق ، ولو قال : أنت إن دخلت الدار طالقاً ، واقتصر عليه ، قال البغوي : إن قال : نصبت على الحال ، ولم أتم الكلام ، قبل منه ، ولم يقع شيء ، وإن أراد ما يراد عند الرفع ، ولحن ، وقع الطلاق إذا دخلت الدار .

فرع : قال إسماعيل البوشنجي : لو قال : أنت طالق حين لا أطلقك ، أو حيث لا أطلقك ، ولم يطلقها عقبه ، طلقت في الحال على قياس مذهبنا ، وكذا لو

---

(١) استشكل هذا الترجيح بما قدمه في الكلام على المشيئة فإنه قال إذا قال أنت طالق إن شاء الله بالفتح يقع الطلاق سواء كان يعرف العربية أم لا .
قال في الخادم : وقد يفرق بينهما بأن ذاك لا يغلب التعليق فيه ، فعند فتح الهمزة ينصرف للتعليل مطلقاً وهنا يغلب التعليق فعند الفتح يفرق بين النحوي وغيره انتهى .

قال : حين لم أطلقك ، أو حيث لم أطلق ، أو ما لم أطلقك ، ولو قال : أنت طالق إن لم أضربك ، أو إن لم أضربك فأنت طالق ، وقال : أردت وقتاً ، دُيِّن ، سواء عين الساعة أو وقتاً قريباً أو بعيداً ، وهكذا يكون الحكم في التعليق بنفي الطلاق وسائر الأفعال ، وبالله التوفيق .

الطرف الثالث : في التعليق بالحمل والولادة ، وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق ، فإن كان الحمل بها ظاهراً ، طلقت في الحال ، وإلا فلا يحكم بوقوع الطلاق مع الشك ، ثم ينظر ، إن ولدت قبل ستة أشهر من حين التعليق ، تبينا وقوع الطلاق وكونها كانت حاملاً حينئذ ، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين ، تحققنا أنها كانت حائلاً يومئذ ، فلا طلاق ، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر ، ولأربع سنين فأقل ، نظر ، إن كان الزوج يطؤها ، وكان بين الوضع والوطء ستة أشهر فيكثر ، لم يقع الطلاق ، وإن لم يطأها بعد التعليق أو وطئها وكان بين الوطء والوضع دون ستة أشهر ، فقولان أو وجهان . أظهرهما : وقوع الطلاق لتبين الحمل ظاهراً ، ولهذا حكمنا بثبوت النسب . والثاني : لا يقع ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والاحتمال قائم ، ثم إذا لم يكن الحمل ظاهراً عند التعليق ، فينبغي أن يفرق بين الزوجين إلى أن يستبرئها ، وليمتنع الزوج من وطئها ، وهل التفريق واجب والاستمتاع حرام أم لا ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، تغليباً للتحريم في موضع التردد ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، وجماعة . وأصحهما : لا ، ولكنهما مستحبان ، لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح ، وكما لو قال : إن كان الطائر غراباً ، وهذا هو نصه في « الإملاء » وبه قال أبو إسحاق وغيره ، وقطع به الحناطي . وبماذا يستبرئها ؟ فيه أوجه ، أصحها : بحيضة ، والثاني : بطهر ، والثالث : بثلاثة أطهار ، وتفصيله يأتي إن شاء الله تعالى في « كتاب الاستبراء » . ولو جرى هذا التعليق في مراهقة لم تحض بعد ، وأمكن كونها حاملاً ، فيشبه أن يقال : إن قلنا : الاستبراء بثلاثة أقراء ، ففي حقها بثلاثة أشهر ، وإن قلنا : بقرء ، فهل يكفي في حقها شهر ، أم يشترط ثلاثة أشهر ، فيه خلاف كاستبراء الأمة ، والأصح هناك الاكتفاء بشهر ، والذي ذكره البغوي هنا عن القفال ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة ، لأن الحمل لا يظهر في أقل من هذه المدة .

وأما الآيسة ، فهل يعتبر فيها مضي مدة كالعدة ، أم يكتفى بدلالة اليأس ؟

وجهان ، أصحهما : الثاني ، لأن المقصود ظهور الحال . ولو كان قد استبرأ زوجته قبل التعليق ، فوجهان . أحدهما : لا يكتفى به كما لا يُكتفى بمدة العدة واستبراء الرقيقة قبل الطلاق والملك ، وأصحهما : يكتفى به ، لأن المقصود معرفة حالها في الحمل ، فلا فرق بين التقدم والتأخر ، بخلاف العدة واستبـراء المملوكة ، ثم إذا جرى الاستبراء ، لا يمنع من الوطء بعده ، فلو ولدت بعد الوطء واقتضى الحال وقوع الطلاق ، أوقعناه ، وكان ذلك الوطء وطء شبهة ، يجب به المهر دون الحد .

فرع : قال : إن أحبلتـك فأنت طـالق ، وكانت حـاملاً ، لم تـطلق ، بل يقتضي ذلك حملاً حادثاً منه ، فإن وضعت ، أو كانت حائلاً ، لم يمنع من الوطء ، فإذا وطئها مرة ، منع حتى تحيض .

فرع : نص في « الإملاء » أنه لو قال لامرأته : إن كنت حاملاً فأنت طالق على مائة دينار وهي حامل في غالب الظن ، طلقت إذا أعطته مائة دينار ، وله عليها مهر المثل لفساد المسمى . ووجه فسـاد المسمى ، بأن الحمـل مجهول لا يمكن التوصل إليه في الحال ، فأشبه إذا جعله عوضاً .

المسألة الثانية : قال : إن كنت حائلاً فأنت طالق ، أو إن لم تكوني حائلاً ، فينظر ، إن علم أنها حائل بأن كانت في سن لا يحتمل الحمل ، طلقت في الحال ، وإلا فلا يحكم في الحال بالطلاق ، بل ينظر ، إن ولدت قبل ستة أشهر من التعليق ، لم تطلق ، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين ، حكمنا بوقوع الطلاق عند التعليق ، وإن ولدت لستة أشهر ، فأكثر ، ولأربع سنين فأقل ، فإن وطئها الزوج وكان بين الوطء والولادة ستة أشهر فأكثر ، طلقت على الأصح ، وإن كان بينهما دون ستة أشهر أو لم يطأ ، لم تطلق ، لأنها كانت حاملاً عند التعليق ، ويحرم وطؤها قبل الاستبراء على الأصح . وقال القفال : لا يحرم ، لكن يستحب أن لا يطأ . والقول فيما يجب به الاستبراء وفي الاكتفاء بالاستبراء السابق ، على ما ذكرنا في المسألة الأولى ، وقيل : الاستبراء هنا بثلاثة أطهار قطعاً ، والمذهب الأول : وإذا استبرأ حكمنا بوقوع الطلاق الظاهر الحال ، فإن كان الاستبراء بثلاثة أطهار ، فقد انقضت العدة ، وإن كان بقرء تممت العدة ، فإن ظهر بعد الاستبراء حمل ووضع ، فحكمه ما سبق . وأبدى الإمام وشيخه احتمالاً ، أنها لا تطلق بالاستبراء ، لأنه لا يفيد إلا الظن ، والصفات المعلق

بها ، يعتبر فيها اليقين . ولو قال : إذا استيقنت براءة رحمك ، فأنت طالق ، لم تطلق بمضي مدة الاستبراء ، فكذا هنا .

المسألة الثالثة : قال : إن كنت حاملاً بذَكر ، أو إن كان في بطنك ذَكر فأنت طالق طلقة ، وإن كنت حاملاً بأنثى ، أو كان في بطنك أنثى ، فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت أحدهما ، وقع ما علقه ، وإن ولدت خنثى ، وقعت طلقة ، ونوقف الأخرى ، حتى يبين حاله ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين ، وتنقضي العدة في جميع هذه الصور بالولادة ، ويكون الوقوع عند اللفظ . وإن قال : إن كان حملك ، أو إن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق طلقة ، وإن كان أنثى فطلقتين ، فإن ولدت ذكراً فقط أو أنثى فقط ، وقع ما علق ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، لم يقع شيء ، وإن ولدت ذكرين أو أنثيين ، فوجهان . أصحهما : يقع ، وبه قال الحناطي والقاضي حسين ، لأن معناه : ما في البطن من هذا الجنس . والثاني : لا يقع ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، وإليه ميل الإمام ، لأن مقتضى التنكير التوحيد ، هذا عند إطلاق اللفظ ، فلو قال : أردت الحصر في الجنس ، قبل وحكم بالطلاق قطعاً ، ولو ولدت ذكراً وخنثى ، أو أنثى وخنثى ، فعلى الوجه الثاني : لا طلاق ، وعلى الأول : إن بان الخنثى المولود مع الذكر ذكراً ، وقع طلقة ، وإن بان أنثى ، لا يقع شيء ، وإن بان الخنثى المولود مع الأنثى ذكراً ، لم يقع شيء ، وإن بان أنثى ، وقع طلقتان .

المسألة الرابعة : قال : إذا ولدت أو إن ولدت فأنت طالق ، فولدت حياً أو ميتاً ، ذكراً أو أنثى ، طلقت إذا انفصل الولد بكماله . قال ابن كج : ولو أسقطت ما بان فيه خلق آدمي ، طلقت . وإن لم يبن فيه خلق الآدمي بتمامه لم تطلق . ولو قال : إن ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ولدين متعاقبين ، طلقت بالأول . ثم إن كانا في بطن واحد ، بأن كان بينهما دون ستة أشهر ، انقضت عدتها بالثاني ، ولا يتكرر الطلاق ، وإن كانا من بطنين ، فانقضاء العدة بالثاني يبنى على لحوقه بالزوج ، وهو لاحق إن ولدته لأقل من أربع سنين ، وهل تحسب هذه المدة من وقت الطلاق ، أم من وقت انقضاء العدة ؟ قولان مذكوران في العدة فإن ألحق انقضت به العدة[1] ،

(١) قال في الخادم : ليس على إطلاقه بل متى كان الطلاق الواقع بولادة الأول بائناً لم يلحقه الحمل الثاني =

وإن قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فهذا يقتضي التكرار ، فإن ولدت أولاداً في بطن واحد ، نظر ، إن كانوا أربعة وانفصلوا متعاقبين ، طلقت ثلاثاً بولادة ثلاثة ، وانقضت عدتها بولادة الرابع ، وإن كانوا ثلاثة ، طلقت بالأولين طلقتين ، وانقضت عدتها بالثالث ، ولا تطلق بولادته طلقة ثالثة ، هذا هو المنصوص في « الأم » وعامة كتب الشافعي رحمه الله ، وقال في « الإملاء » : يقع بالثالث طلقة ثالثة ، وتعتد بعد ذلك بالأقراء ، والمذهب عند الأصحاب هو الأول ، لأن المرأة في عدة الطلقتين ، ووقت انفصال الثالث هو وقت انقضاء العدة ، وبراءة الرحم . ولو وقع الطلاق لوقع في تلك الحال ، لما سبق أن الطلاق المعلق بالولادة يقع عند الانفصال ، ولا يجوز أن يقع الطلاق في حال انقضاء العدة والبينونة ، ولهذا لو قال : أنت طالق مع موتي ، لم يقع الطلاق إذا مات، لأنه وقت انتهاء النكاح . ولو قال لغير المدخول بها : إذا طلقتك فأنت طالق ، فطلقها ، لم يقع أخرى لمصادفتها البينونة ، وأما نصه في « الإملاء » ، ففيه طريقان ، أحدهما : تسليمه قولاً واحداً ، ووجهوه بشيئين ، أحدهما : أن هذا الطلاق لا يتأخر عن العدة ، بل يقارن آخرها ، وإذا تقارن الوقوع وانقضاء العدة كفى ، وحكم بالوقوع تغليباً للطلاق ولقوته ، وهؤلاء قالوا : لو قال للرجعية : أنت طالق مع انقضاء عدتك ، ففي الوقوع القولان ، بخلاف ما لو قال : بعد انقضاء عدتك . وعن الخضري وغيره تخريج قول فيما إذا قال : مع موتي : أنها تطلق في آخر جزء من حياته . الشيء الثاني عن الخضري والقفال ، بناء القولين على القولين ، في أن الرجعية إذا طلقت ، هل تستأنف العدة ؟ إن قلنا : لا ، لم تطلق هنا ولم يلزم العدة ، وإن قلنا نعم ، فبوقوع الطلاق ارتفعت العدة ، ولزمت عدة أخرى هناك ، فكذا هنا . وعلى هذا حكى الإمام عن القفال ، أنه لا يحكم بوقوع الطلاق ، وهي في بقية من العدة الماضية ، ولا بوقوعه في مفتتح العدة المستقبلة ، لكن يقع على منفصل الانقطاع والاستقبال ، وهو كقوله : أنت طالق بين الليل والنهار ، يقع لا في جزء من الليل ، ولا من النهار . قال الإمام : ولا معنى للمنفصل ، وليس بين انقضاء العدة الأولى وافتتاح الثانية لو قدرناها زمان ، والحكم

= لعلمنا بحدوثه بعد البينونة وإن كان رجعياً فلحوقه مبني على الخلاف في ابتداء المدة إن قلنا من حين الطلاق لم يلحقه أو من انقضاء العدة لحقه إذا أتت به لدون أربع سنين من ولادة الأول .

قال : وصوابه لأربع سنين كما ذكره في كتاب العدد .

بوقوع الطلاق في غير زمان محال . قال : وقوله : بين الليل والنهار يقع الطلاق في آخر جزء من النهار ، لتكون متصفة بالطلاق في منقطع النهار ، ومبتدأ الليل .

والطريق الثاني وهو الصحيح عند المعتبرين : القطع بما نص عليه في كتبه المشهورة ، والامتناع من إثبات نص « الإملاء » قولاً ، وأولوه من وجهين ، أحدهما : حمله على ما إذا ولدتهم دفعة في مشيمة ، وفي هذه الحالة يقع بكل واحد طلقة ، وتعتد بالأقراء لأنها ليست حاملاً وقت وقوع الطلاق ، والثاني : حمله على ما إذا كان الحمل من زنا ، ووطئها الزوج ، يقع بكل واحد طلقة ، ولا تنقضي العدة بولادتهم . أما إذا أتت بولدين متعاقبين في بطن ، والتعليق بصيغة « كلما » فهل تنقضي عدتها بالثاني ولا يقع به طلقة أخرى ، أم تقع أخرى ؟ فيه هذا الخلاف السابق .

المسألة الخامسة : قال : إن ولدت ولداً ، فأنت طالق طلقة ، وإن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقتين ، فولدت ذكراً ، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين ، وإن قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين ، فولدت ذكراً ، طلقت طلقة وشرعت في العدة بالأقراء ، وإن ولدت أنثى طلقت طلقتين واعتدت بالأقراء ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، نظر ، ان ولدتهما معاً ، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين معاً وهي زوجة ، وتعتد بالأقراء ، وإن ولدت الذكر ثم الأنثى ، طلقت طلقة بالذكر ، ولا يقع بالأنثى شيء على المذهب ، وتنقضي بها العدة . وعلى نصه في « الإملاء » ، تطلق بالأنثى طلقتين أخريين ، وتعتد بالأقراء ، وإن ولدت الأنثى أولاً طلقت بها طلقتين ، وهل يقع بالذكر شيء ؟ فيه الخلاف فإن أشكل الحال ، فلم يدر كيف ولدتهما ، أو علم الترتيب ولم يعلم المتقدِّم ، فعلى المذهب : يؤخذ باليقين وهو وقوع طلقة ، والورع تركها عند احتمال المعية حتى تنكح زوجاً غيره . وعلى نصه في « الإملاء » : تطلق ثلاثاً كيف كان ، وتعتد بالأقراء . ولو ولدت ذكرين وأنثى ، نظر ، إن ولدتهم معاً ، طلقت ثلاثاً ، وإن ولدت الذكرين معاً أو متعاقبين ، ثم ولدت الأنثى ، طلقت بالولدين أو بأولهما طلقة وتنقضي العدة بولادة الأنثى على المذهب ، ولا يقع بها شيء آخر . وإن ولدت الأنثى ثم الذكرين متعاقبين ، طلقت بالأنثى طلقتين ، وبالذكر الأول طلقة أخرى ، وتنقضي العدة بولادة الثاني ، وإن ولدتها ثم ولدتهما معاً ، طلقت بها طلقتين ، وتنقضي العدة بالذكرين ، ولا يقع شيء آخر على المذهب .

ولو ولدت ذكراً ، ثم أنثى ، ثم ذكراً ، طلقت طلقة ثم طلقتين ، وانقضت عدتها بالذكر الأخير .

فرع : قال : إن كنت حاملاً بذكر ، فأنت طالق طلقة ، وإن ولدت أنثى ، فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت ذكراً ، تبين وقوع طلقة عند اللفظ ، وانقضت العدة بالولادة ، وإن ولدت أنثى ، وقع بالولادة طلقتان ، وتعتد بالأقراء ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، نظر ، إن ولدت الأنثى أولاً ، وقع بولادتها طلقتان ، وبولادته نتبين وقوع طلقة أولاً لكونها كانت حاملاً بذكر ، وتنقضي عدتها عن الثلاث بولادة الذكر ، وإن ولدت الذكر أولاً ، تبين وقوع طلقة ، وتنقضي العدة بولادة الأنثى ، ولا يقع شيء آخر على المذهب ، وإن ولدتهما معاً ، فكذلك يتبين وقوع طلقة ، ولا يقع بالولادة شيء على المذهب .

المسألة السادسة : قال لأربع نسوة حوامل : كلما ولدت واحدة منكن ، فصاحباتها طوالق ، فولدن جميعاً . فلهن أحوال ، إحداها : أن يلدن معاً ، فتطلق كل واحدة ثلاثاً وعدة جميعهن بالاقراء .

الحالة الثانية : أن يلدن مرتباً ، فوجهان ، أصحهما وبه قال ابن الحداد : إنه إذا ولدت الأولى ، طلقت كل واحدة من الباقيات طلقة ، فإذا ولدت الثانية ، انقضت عدتها وبانت ، وتقع على الأولى بولادة هذه طلقة ، وعلى كل واحدة من الأخريين طلقة أخرى إن بقيت عدتهما ، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها عن طلقتين ، ووقع على الأولى طلقة ثانية إن بقيت في العدة ، وعلى الرابعة طلقة ثالثة ، فإذا ولدت الرابعة ، انقضت عدتها عن ثلاث طلقات ، ووقعت ثالثة على الأولى ، وعدة الأولى بالأقراء ، وفي استئنافها العدة للطلقة الثانية والثالثة ، الخلاف في طلاق الرجعية ، والوجه الثاني وبه قال ابن القاص ، واختاره القاضي أبو الطيب، أن الأولى لا تطلق أصلاً ، وتطلق كل واحدة من الأخريات طلقة واحدة ، وتنقضي عددهن بولادتهن ، لأن الثلاث في وقت ولادة الأولى صواحبها ، لأن الجميع زوجاته ، فيطلقن طلقة طلقة ، فإذا طلقن ، خرجن عن كونهن صواحب للأولى ، وكون الأولى صاحبة لهن ، فلا تؤثر بعد ذلك ولادتهن في حقها ، ولا في حق بعضهن ، ومن قال بالأول ، قال : ما دمن في العدة فهن زوجات وصواحب ، ولهذا لو حلف بطلاق زوجاته ،

دخلت الرجعية فيه .

الحالة الثالثة : أن تلد ثنتان معاً ثم ثنتان معاً فعلى قول ابن الحداد : تطلق كل واحدة من الأوليين بولادة الأخرى طلقة ، وكل واحدة من الأخريين بولادة الأوليين طلقتين ، فإذا ولدت الأخريان ، طلقت كل واحدة من الأوليين طلقتين أخريين ، ولا يقع على الأخريين شيء آخر ، وتنقضي عدتهما بولادتهما على المذهب ، وعلى نصه في « الإملاء » : يقع على كل واحدة منهما طلقة ثالثة وتعتدان بالأقراء ، وعلى قول ابن القاص : تطلق كل واحدة من الأوليين طلقة ، وكل واحدة من الأخريين طلقتين فقط ، وتنقضي عدة الأخريين بالولادة ، وتعتد الأوليان بالإقرار على الوجهين .

الحالة الرابعة : أن تلد ثلاثاً منهن معاً ، ثم الرابعة ، فيقع على الرابعة ثلاث طلقات بلا خلاف ، وتطلق كل واحدة من الأوليات على قول ابن الحداد ثلاثاً ، منها طلقتان بولادة اللتين ولدتا معها ، وثالثة بولادة الرابعة إن بقين في العدة ، وعلى قول ابن القاص : لا تطلق كل واحدة من الثلاث إلا طلقتين ، ولو كان الأمر بالعكس ، ولدت واحدة ، ثم ولدت الثلاث معاً ، فعلى قول ابن الحداد : تطلق كل واحدة من الثلاث طلقة بولادة الأولى ، ثم تنقضي عدتهن بولادتهن ، فلا يقع عليهن شيء آخر على المذهب ، وعلى نصه في « الإملاء » : يقع على كل واحدة طلقتان أخريان ، ويعتددن بالأقراء ، والأولى تطلق بولادتهن ثلاثاً . وعلى قول ابن القاص : لا يقع على الأولى شيء ، ويقع على كل واحدة من الباقيات طلقة فقط .

الحالة الخامسة : أن تلد ثنتان على الترتيب ، ثم ثنتان معاً ، فيقع على الأولى ثلاث بولادتهن ، وعلى كل واحدة من الباقيات طلقة بولادة الأولى . فإذا ولدت الثانية ، انقضت عدتها ، ووقعت على كل واحدة من الأخريين طلقة أخرى ، فإذا ولدت الأخريان ، انقضت عدتهما بولادتهما ، ولا يقع على واحدة منهما شيء بولادة صاحبتها على المذهب ، هذا قياس ابن الحداد ، وعلى قول ابن القاص : لا يقع على الأولى شيء ، ولا على كل واحدة من الباقيات إلا طلقة ، ولو ولدت ثنتان معاً ، ثم ثنتان مرتباً ، فعلى قياس ابن الحداد : تطلق كل واحدة من الأوليين بولادتهما طلقة ، وكل واحدة من الأخريين طلقتين . فإذا ولدت الثالثة إنقضت عدتها ، وطلقت

كل واحدة من الأوليين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة ، وطلقت الرابعة طلقة ثالثة ، فإذا ولدت ، انقضت عدتها ، وطلقت كل واحدة من الأوليين طلقة ثالثة إن بقيتا في العدة ، وعلى قياس ابن القاص : لا تطلق كل واحدة من الأوليين إلا طلقة ، ولا كل واحدة من الأخريين إلا طلقتين .

فرع : قال ابن الحداد : ولو قال للأربع : كلما ولدت كل واحدة منكن فصواحبها طوالق ، ثم طلق كل واحدة منهن طلقة منجزة ، ثم ولدن على الترتيب ، فالأولى مطلقة بالتنجيز ، وتنقضي عدتها بولادتها ، ويقع على الثانية بولادة الأولى طلقة ، وهي مطلقة بالتنجيز ، وتنقضي عدتها عن طلقتين بولادتها ، وتطلق كل واحدة من الثالثة والرابعة ثلاثاً ، واحدة بالتنجيز ، واثنتان بولادة الأوليين ، وعلى قياس ابن القاضي : لا يقع على الجميع إلا المنجزة .

فرع : قال للأربع : كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق ، فقد علق بولادة كل منهن طلاق الوالدة وغيرها ، فإن ولدن معاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن ولدن مرتباً ، طلقت الأولى ثلاثاً ، طلقة بولادة نفسها ، وثانية بولادة الثانية ، وثالثة بولادة الثالثة إن بقيت في العدة ، وتعتد بالأقراء وتطلق الثانية بولادة الأولى ، ولا تطلق بولادة نفسها على المذهب ، وتنقضي عدتها ، وعلى نصه في « الإملاء » : تطلق أخرى وتعتد بالأقراء ، وتطلق الثالثة بولادة الأوليين ، وهل تطلق بولادة نفسها ثالثة ؟ فيه الخلاف ، والرابعة ، تطلق بولادة الأوليات ثلاثاً ، وتنقضي عدتها بولادتها ، ولا يقع بولادتها شيء على الأوليات لبينونتهن .

فرع : قال للأربع : كلما ولدت ثنتان منكن ، فالأخريان طالقان ، فولدن مرتباً ، لم تطلق واحدة بولادة الأولى ، لأنه علق بولادة ثنتين ، فإذا ولدت الثانية ، طلقت الثالثة والرابعة طلقة طلقة ، ولا يقع على الأوليين شيء ، لأن المعلق به طلاق ثنتين بولادة أخريين . وإذا ولدت الثالثة ، فوجهان ، أصحهما : لا تضم الثالثة إلى الثانية ، ولا يقع بولادتها طلاق حتى تلد الرابعة ، فإذا ولدت ، فعلى قياس ابن الحداد : تطلق الأوليان طلقة طلقة ، ويعتدان بالأقراء ، وتنقضي عدة الأخريين بولادتهما ، [وعلى قياس ابن القاص[1]] : لا تطلق الأوليان بولادة الأخريين ،

(١) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

والوجه الثاني ، أن الثالثة تضم إلى الثانية ، وتطلق بولادتهما الأولى طلقة ، والرابعة طلقة ثانية ، ثم إذا ولدت الرابعة ، طلقت الثانية ، وطلقت الأولى طلقة ثانية .

فرع : تحته امرأتان فقال : كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقان ، فولدتا مرتباً ، وقع بولادة الأولى عليها طلقة ، وعلى الأخرى طلقة ، فإذا ولدت الثانية ، وقع على الأولى طلقة أخرى إن بقيت في العدة ، وتنقضي عدة الثانية ، ولا يقع عليها طلاق آخر على المذهب ، ولو ولدت منهما زينب يوم الخميس ، وعمرة يوم الجمعة ، ثم زينب يوم السبت ، وعمرة يوم الأحد ، وقع بولادة يومي الخميس والجمعة على كل واحدة طلقتان ، وتنقضي عدة زينب بولادتها يوم السبت ، ولا يقع عليها شيء آخر على المذهب ، ويقع على عمرة طلقة ثالثة ، وتنقضي عدتها بولادتها يوم الأحد ، ولو[1] قال : كلما ولدتما فأنتما طالقان ، فولدت إحداهما ثلاثة أولاد في بطن ، ثم الثانية كذلك ، لم تطلق واحدة منهما بولادة الأولى ، لأن التعليق بولادتهما جميعاً ، فإذا ولدت الثانية ولداً ، طلقت كل واحدة طلقة ، فإذا ولدت الثاني ، طلقت كل واحدة طلقة ثانية ، فإذا ولدت الثالث ، طلقت الأولى ثالثة ، ولا تطلق الثانية ، وتنقضي عدتها عن طلقتين على المذهب ، وفيه نصه في « الإملاء » . ولو ولدت أحدهما ولداً ، ثم الأخرى ولداً ، ثم الأولى ولداً ، وهكذا إلى أن ولدت كل واحدة ثلاثة في بطن ، فبولادة الثانية ولدها الأول ، يقع على كل واحدة طلقة ، وبولادتها الثاني ، يقع على كل واحدة طلقة ثانية ، ثم إذا ولدت الأولى الولد الثالث ، انقضت عدتها ، وإذا ولدت الثانية الولد الثالث ، هل يقع عليها طلقة ثالثة ، أم لا وتنقضي عدتها ؟ فيه خلاف المذهب و« الإملاء » ، ولو ولدت إحداهما ولداً ، ثم الثانية ثلاثة على الترتيب ، ثم الأولى ولدين ، فبولادة الثانية الولد الأول ، يقع على كل واحدة طلقة ، ولا يقع بولادتها الولد الثاني والثالث شيء ، وتنقضي بالثالث عدتها ، فإذا ولدت الأولى الولد الثاني ، انضمت ولادتها إلى ولادة الثانية الولد الثاني ، فيقع على الأولى طلقة ثانية ، فإذا ولدت الثالث انقضت عدتها ، ولم يقع عليها شيء آخر على المذهب . وعلى نصه في « الإملاء » : يقع ثالثة بضم هذه الولادة إلى ولادة الثانية الولد الثالث .

المسألة السابعة : قد سبق أن الطلاق المعلق بالولادة ، إنما يقع إذا انفصل الولد بتمامه ، فلو خرج بعضه ومات الزوج أو المرأة ، لم يقع الطلاق ، وورث الباقي

منهما الميت ، ولو قال : إن ولدت ، فعبدي حر ، فخرج بعض الولد ، وباع العبد حينئذ وتخايرا ، ثم ولدت ، لم يعتق العبد ، ولو انفصل الولد قبل انقضاء الخيار ، عتق العبد ، لأنه له العتق في زمن الخيار .

الثامنة : في فتاوى القفال : أنه إذا قال : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، فقالت : أنا حامل ، فإن صدقها الزوج ، حكم بوقوع الطلاق في الحال ، وإن كذبها ، لم تطلق حتى تلد ، فإن لمسها النساء ، فقال أربع منهن فصاعداً : إنها حامل ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يقع بقول النسوة . ولو علق الطلاق بالولادة ، فشهد بها أربع نسوة ، لم يقع الطلاق وإن ثبت النسب والميراث ، لأنهما من توابع الولادة وضروراتها ، بخلاف الطلاق .

التاسعة : قال : إن كان أول ولد تلدينه من هذا الحمل ذكراً فأنت طالق ، فولدت ذكراً ولم يكن غيره ، قال الشيخ أبو علي : اتفق أصحابنا على أنه يقع الطلاق ، وليس من شرط كونه أولاً أن تلد بعده آخر ، وإنما الشرط أن لا يتقدم عليه غيره ، وفي « التتمة » : وجه ضعيف : أنه لا يقع شيء ، والأول يقتضي آخر ، كما يقتضي الآخر أولاً .

قلت : الصواب ما نقله الشيخ أبو علي . قال الله تعالى : **﴿إن هؤلاء ليقولون إني هي إلا موتتنا الأولى﴾**[1] . وهؤلاء المذكورون كانوا يقولون : ليس لهم إلا موتة . وقال الإمام أبو إسحاق الزجاج : معنى الأول في اللغة : ابتداء الشيء ، قال : ثم يجوز أن يكون له ثان ، ويجوز أن لا يكون ، وقد بسطت أنا الكلام في إيضاح ، هذا بدلائله في « تهذيب اللغات »[2] . والله أعلم .

ولو قال : إن كان أول ولد تلدينه ذكراً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى

---

(١) سورة الدخان الآيتان ٣٤ ، ٣٥ .

(٢) قال فيه نقلاً عن الواحدي في تفسير قول الله عزَّ وجلّ : « إن أول بيت » . قال الزجاج معنى الأول في اللغة ابتداء الشيء ، قال الزجاج ثم يجوز أن يكون له ثان ويجوز أن لا يكون كما حكى هنا كذلك ودلل على ذلك بقوله كما نقول : هذا أول ما كسبته جائز أن يكون بعده كسب وجائز ألا يكون ، ومراد هذا ابتداء كسبي . قلت : والقائل المصنف رحمه الله ، ومما يستدل به على أن لفظه أول لا يشترط أن يكون له ثان أن هؤلاء ليقولون إن هي إلا موتتنا الأولى وهم كانوا يعتقدون أنه ليس لهم موتة بعدها . وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى تهذيب الأسماء واللغات ١٤/٣ ـ ١٥ .

فطالق ثلاثاً ، فولدت ذكراً وأنثى ، نظر ، إن ولدت الذكر أولاً ، طلقت واحدة وانقضت عدتها بولادة الأنثى ، وإن ولدت الأنثى أولاً ، طلقت ثلاثاً وانقضت عدتها بالذكر ، وإن ولدتهما معاً ، لم يقع شيء ، لأنه لا يوصف واحد منهما بالأولية ، ولهذا لو أخرج رجل ديناراً بين المتسابقين ، وقال : من جاء منكما أولاً ، فهو له ، فجاءا معاً ، لم يستحقا شيئاً . قال الشيخ أبو علي : ويحتمل أن تطلق ثلاثاً ، لأن كلاًّ منهما يوصف بأنه أول ولد إذا لم تلد قبله غيره ، ولأنه لو قال : أول من رد آبقي ، فله دينار ، فرده اثنان استحقا الدينار . قال : وعرضته على الشيخ يعني القفال ، فلم يستبعده ، ولو لم يعلم ، أولدتهما معاً ، أو مرتباً ، لم تطلق لاحتمال المعية ، ولو علم الترتيب ولم يعلم السابق ، وقعت طلقة لأنه اليقين ، ولو قال : إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فأنت طالق ، وإن كان أنثى فضرتك طالق ، فولدتهما مرتباً ، ولم يعلم السابق ، فقد طلقت إحداهما ، فيوقف عنهما ، ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما .

ولو قال : إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فأنت طالق ، وإن كان أنثى ، فعبدي حر ، فولدتهما مرتباً ، ولم يعلم السابق ، قال الشيخ أبو علي : يقرع بين المرأة والعبد ، فإذا خرجت القرعة على العبد ، عتق ، وإن خرجت على المرأة ، لم تطلق .

فرع : قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة ، وإن ولدت أنثى فطلقتين ، فولدت ميتاً ودفن ولم يعرف حاله ، فهل ينبش ليعرف ؟ يحتمل وجهين ، قاله أبو العباس الروياني .

قلت : الراجح النبش . والله أعلم .

الطرف الرابع : في التعليق بالحيض

قال : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وحينئذ يقع سُنِّياً . ولو قال : إن حضت فأنت طالق ، ولم يبين ولم يزد عليه ، لم يعتبر تمام الحيضة ، ومتى يحكم بالطلاق ؟ فيه طريقان ، المذهب وبه قطع الجمهور : يقع برؤية الدم ، فإن انقطع قبل يوم وليلة ولم يعد إلى خمسة عشر ، تبينا أنه لم يقع . والطريق الثاني ، على وجهين . أحدهما : هذا ، والثاني ، وهو الراجح عند الإمام

والغزالي : لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي يوم وليلة ، فحينئذ تبين وقوعه من حين رأت الدم . قال الإمام : وعلى هذا هل يحرم الاستمتاع بها ناجزاً ؟ حكمه كما لو قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق وقد سبق . ولو قال : إن طهرت ، أو إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت في أول الطهر . ولو قال : إذا طهرت طهراً واحداً ، فأنت طالق ، قال الحناطي ، تطلق إذا انقضى الطهر ودخلت في الدم ، وحكى وجهاً ، أنها تطلق إذا مضى جزء من الطهر ، والصحيح الأول . ثم قوله : إن حضت ، أو إذا حضت ، يقتضي حيضاً مستقبلاً ، فلو كانت في الحال حائضاً ، لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض . ولو قال والثمار مدركة : إذا أدركت الثمار ، فأنت طالق ، فهو تعليق بالإدراك المستأنف في العام المستقبل ، وعلى هذا قياس سائر الأوصاف ، إلا أنه سيأتي في « كتاب الأيمان » إن شاء الله تعالى . إن استدامة الركوب واللبس لبس وركوب ، فليكن الحكم كذلك في الطلاق . وفي « الشامل » و « التتمة » وجه : أنه إذا استمر الحيض بعد التعليق بساعة ، طلقت ، ويكون دوام الحيض حيضاً ، والصحيح ما سبق .

فرع : قال : كلما حضت فأنت طالق ، طلقت ثلاثاً في أول ثلاث حيض مستقبلة ، ويكون الطلاق بدعياً . ولو قال : كلما حضت حيضة فأنت طالق ، طلقت ثلاثاً في انتهاء ثلاث حيض مستقبلة ، ويكون طلاق سُنَّة .

فرع : قال : إن حضت حيضة ، فأنت طالق ، وإن حضت حيضتان ، فأنت طالق ، فإذا حاضت حيضة ، وقع طلقة ، فإذا حاضت أخرى ، طلقت ثانية ، ولو قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إن حضت حيضتين ، فأنت طالق ، فإنما تقع الثانية إذا حاضت بعد الأولى حيضتين ، ولو قال : كلما حضت حيضة فأنت طالق ، وكلما حضت حيضتين ، فأنت طالق ، فحاضت مرة ، طلقت طلقة ، وإذا حاضت أخرى ، طلقت ثانية وثالثة .

فرع : قال لامرأتيه : إن حضتما حيضة فأنتما طالقان ، فثلاثة أوجه ، أصحها : يلغى قوله : حيضة ، فإذا ابتدأ بهما الدم ، طلقتا . والثاني : إذا تمت الحيضتان ، طلقتا ، وهذا احتمال رآه الإمام . والثالث : أنه لغو ولا تطلقان وإن حاضتا ، ويجري الخلاف في قوله : إن ولدتما ولداً ، فعن ابن القاص : أنه لغو .

وعن غيره ، أنه كقوله : إذا ولدتما . قال الحناطي : فإن قال : إن ولدتما ولداً واحداً ، فأنتما طالقان ، فإنه محال ، ولا يقع الطلاق ، وعلى الوجه الذي يقول : يقع بالتعليق على محال ، يقع هنا في الحال وإن لم تلدا .

فصل : علق طلاقها على حيضها ، فقالت : حضت ، فأنكر الزوج ، صدقت بيمينها ، وكذلك الحكم في كل ما لا يعرف إلا منها ، كقوله : إن أضمرت بغضي فأنت طالق ، فقالت : أضمرته ، تصدق بيمينها ، ويحكم بوقوع الطلاق . ولو علق بزناها ، فوجهان ، أحدهما : تصدق فيه ، لأنه خفي تندر معرفته ، فأشبه الحيض ، وأصحهما عند الإمام وآخرين : لا تصدق كالتعليق ونحوه ، لأن معرفته ممكنة ، والأصل النكاح ، وطرد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يطلع عليهما . ولو علق بالولادة ، فادعتها ، فأنكر وقال : هذا الولد مستعار ، لم يصدق على الأصح ، وتطالبه بالبينة كسائر الصفات .

ولو علق طلاق غيرها بحيضها ، لم يقبل قولها فيه إلا بتصديق الزوج .

ولو قال : إذا حضت ، فأنت وضرتك طالقان ، فقالت : حضت وكذبها فحلفت ، طلقت ولم تطلق الضرة على الصحيح . وعن صاحب « التقريب » : طلاق الضرة أيضاً . ولو قال لهما : إن حضتما فأنتما طالقان ، فهو تعليق لطلاقهما على حيضهما جميعاً ، فإن حاضتا معاً أو مرتباً ، طلقتا ، فإن كذبهما ، صدق بيمينه ، ولم تطلقا ، وإن صدق إحداهما فقط ، طلقت المكذبة بيمينها على حيضها ، ولا تطلق المصدقة . وعلى قول صاحب « التقريب » : تطلقان . ولو قال لحفصة : إن حضت فعمرة طالق ، وقال لعمرة : إن حضت فحفصة طالق ، فقالتا : حضنا ، فإن صدقهما ، طلقتا ، وإن كذبهما ، لم تطلقا ، وإن كذب إحداهما ، طلقت المكذبة دون المصدقة .

فرع : تحته ثلاث نسوة ، فقال : إذا حضتن فأنتن طوالق ، فقلن : حضنا ، وصدقهن ، طلقن ، وإن كذبهن أو كذب ثنتين ، لم تطلق واحدة منهن ، وإن كذب واحدة فقط ، طلقت فقط .

فرع : قال لأربع نسوة : إن حضتن ، فأنتن طوالق ، فقلن : حضنا ، وصدقهن ، طلقن ، وإن كذبهن ، أو كذب ثنتين أو ثلاثاً وحلف ، لم تطلق واحدة

منهن ، وإن كذب واحدة فقط ، طلقت فقط ، وعلى قياس صاحب « التقريب » : تطلقن ، وكذا في صورة الثلاث .

فرع : قال لأربع : كلما حاضت واحدة منكن فأنتن طوالق ، فإذا حاض ثلاث منهن ، طلقن كلهن ثلاثاً ثلاثاً وإن قلن : حضنا ، فكذبهن وحلف ، طلقت كل واحدة طلقة ، لأن يمينه تكفي في حيضها . ولو صدق واحدة فقط ، طلقت طلقة ، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين . ولو صدق ثنتين ، طلقتا طلقتين طلقتين ، وطلقت المكذبتان ثلاثاً ثلاثاً ، ولو صدق ثلاثاً ، طلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً .

فرع : قال : كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق ، فقلن : حضنا ، وصدقهن ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن كذبهن ، لم يقع شيء ، وإن صدق واحدة ، لم يقع عليها شيء ، وطلقت الباقيات طلقة طلقة ، وإن صدق ثنتين ، طلقتا طلقة طلقة ، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثاً ، طلقن طلقتين طلقتين ، وطلقت المكذبة ثلاثاً .

فرع : قال : إذا رأيت الدم ، فأنت طالق ، فعن أبي العباس الروياني ، وجهان ، أصحهما : حمله على دم الحيض ، لأنه المعتاد . والثاني : على كل دم ، فعلى الأول : لا تعتبر رؤيتها حقيقة ، بل المعتبر العلم كرؤية الهلال .

فرع : ذكر إسماعيل البوشنجي ، أنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً ، في كل حيض طلقة ، وهي حائض في الحال ، فالذي يقتضيه اللفظ ، وقوع طلقة في الحال ، وثانية في أول الحيض الثاني ، وثالثة في أول الثالث . وأنه لو قال : إذا حضت نصف حيضة ، فأنت طالق ، وعادتها ستة أيام مثلاً ، فإذا مضت ثلاثة أيام ، حكم بالطلاق .

فرع : ذكر الإمام إشكالاً على وقوع الطلاق ، بتصديق الزوج لها ، وقال : بم يعرف الزوج صدقها ؟ وكيف يقع الطلاق بقوله : صدقت وليس هو إقراراً ، فيؤاخذ به ؟ وغايته أن يظن صدقها بقرائن ، ومعلوم أنه لو قال : سمعتها تقول : حضت وأنا أجوز كذبها وأظن صدقها ، لا يحكم بوقوع الطلاق ، فليكن كذلك إذا أطلق التصديق ، إذ لا سند له إلا هذا . قال : وسمعت بعض أكابر العراق يحكي عن القاضي أبي الطيب ، عن الشيخ أبي حامد ، تردداً في وقوع الطلاق ، ولهذا

الإشكال قال : وسبيل الجواب عما أطبق عليه الأصحاب ، أن الإقرار حجة شرعية كاليمين ، واليمين يستند إلى قرائن يفيد الظن القوي ، كما تحلف المرأة على نية الزوج في الكنايات ، فلا يبعد أن يستند الإقرار إليها ، فليحكم به .

فرع : إذا صدقناها في الولادة ، فإنما يقبل قولها في حقها دون غيرها كما قلنا في الحيض . فلو قال : إن ولدت فأنت طالق وعبدي حر ، فقالت : ولدت وحلفت ، طلقت على هذا الوجه ، ولم يعتق العبد قطعاً ، ولو قال لأمته : إذا ولدت فأنت حرة وامرأتي طالق ، فقالت : ولدت ، عتقت ولم تطلق الزوجة . ولو قال : إذا ولدت فامرأتي طالق وولدك حر ، وكانت حاملاً بمملوك له ، لم تطلق الزوجة ولم يعتق الولد بقولها : ولدت ، لأنه ليس في حقها .

فرع : ذكر القفال تفريعاً على أنه لا يقبل قولها : زنيت ، إذا علق الطلاق بزناها ، وبه أجاب أنه ليس لها تحليفه على أنه لا يعلم أنها زنتْ ، ولكن إن ادعت وقوع الفرقة ، حلف أنه لم تقع فرقة ، وكذا في التعليق بالدخول وسائر الأفعال .

الطرف الخامس : في التعليق بالمشيئة .

أما تعليقه بمشيئة الله تعالى ، فسبق بيانه ، وأما التعليق بمشيئة غيره ، فينظر ، إن علق بمشيئة الزوجة مخاطبة ، فقال : أنت طالق إن شئت ، اشترط مشيئتها في مجلس التواجب ، كما سبق في « كتاب الخلع » ، فإن أخرت ، لم تقع ، وفيه قول شاذ ذكرناه في « كتاب الخلع » . ولو قال لأجنبي : إن شئتَ فزوجتي طالق ، فالأصح أنه لا يشترط مشيئته على الفور ، وقيل : كالزوجة ، ورجحه المتولي . ولو علق بمشيئتها لا مخاطبة ، فقال : زوجتي طالق إن شاءت ، لم تشترط المشيئة على الفور على الأصح ، وقيل : يشترط قولها : شئت في الحال إن كانت حاضرة ، وإن كانت غائبة ، فتبادر بها إذا بلغها الخبر . ولو قال : امرأتي طالق إذا شاء زيد ، لم يشترط الفور بالاتفاق . ولو قال : إن شئتِ وشاء فلان ، فأنت طالق ، اشترط مشيئتها على الفور ، وفي مشيئة فلان الوجهان ، أصحهما : لا يشترط الفور .

فصل : علق بمشيئتها أو مشيئة غيرها ، فقال المعلق بمشيئة الزوج : شئتُ إن شئتِ ، أو إن شاء فلان ، فقال الزوج أو فلان : شئت ، أو قال : شئت غداً ، لم يقع الطلاق ، لأنه علق على مشيئة مجزوم بها ، ولم تحصل . وحكى الحناطي

وجهاً : أنه يصح تعليق المشيئة ، ويقع الطلاق إذا قال الزوج : شئت ، وهذا غريب ضعيف . ولو شاء المعلق بمشيئته بلسانه وهو كاره بقلبه ، طلقت في الظاهر ، وفي الباطن وجهان ، قال أبو يعقوب الأبيوردي : لا يقع ، كما لو أخبرت بالحيض كاذبة ، وإلى هذا مال القاضي حسين ، وقال القفال : يقع ، قال البغوي : وهو الأصح ، لأن التعليق في الحقيقة بلفظ المشيئة .

قلت : قال الرافعي في « المحرر » : الأصح الوقوع باطناً . والله أعلم .

ولو وجدت الإرادة دون اللفظ ، لم تطلق على قول القفال ، وعلى قول الأبيوردي وجهان .

فرع : علق بمشيئتها وهي صبية ، أو بمشيئة صبي ، فقالت : شئت ، أو قال : شئت ، لم تطلق على الأصح ، وقيل : تطلق إن شاءت وهي مميزة ، كما لو قال لها : أنت طالق إن قلت : شئت ، أما لو علق بمشيئتها وهي مجنونة أو صغيرة لا تميز ، أو بمشيئة غيرها ، وهو بهذه الصفة ، فقالت : شئت ، فلا تقع بلا خلاف . ولو قال المعلق بمشيئته : شئت وهو سكران ، خرج على الخلاف في أنه كالصاحي أو المجنون ، ولو علق بمشيئة أخرس ، فقال بالإشارة : شئت ، طلقت ، وإن علق بمشيئة ناطق ، فخرس ، وأشار بالمشيئة ، طلقت على الأصح .

فرع : قال : أنت طالق إذا شئت ، فهو كقوله : إن شئت ، وإن قال : متى شئت ، طلقت متى شاءت ، وإن فارقت المجلس .

فرع : إذا علق بمشيئتها ، فإذا أراد أن يرجع قبل مشيئتها ، لم يكن له كسائر التعليقات .

فرع : قال : أنت طالق إن شاءت الملائكة ، لم تطلق ، لأن لهم مشيئةً ، وحصولها غير معلوم ، ولو قال : إن شاء الحمار ، فكقوله : إن صعِدت السماء ، ولو قال : إن شئت أنا ، فمتى شاء وقع .

فرع : قال لامرأتيه : إن شئتما فأنتما طالقان ، فشاءت كل واحدة طلاق نفسها دون ضرتها ، قال إسماعيل البوشنجي : القياس وقوع الطلاق ، لأن المفهوم

منه تعليق كل واحدة بمشيئتها ، وفي « التتمة » ما يقتضي تعليق طلاق كل واحدة بالمشيئتين .

فرع : ذكر البغوي ، أنه لو قال : أنت طالق كيف شئت ، قال أبو زيد والقفال : تطلق شاءت أم لم تشأ ، وقال الشيخ أبو علي : لا تطلق حتى توجد مشيئة في المجلس ، إما مشيئة أن تطلق ، وإما مشيئة أن لا تطلق ، قال البغوي : وكذا الحكم في قوله : أنت طالق على أي وجه شئت . ولو قال : أنت طالق إن شئت أو أبيت ، فمقتضى اللفظ وقوع الطلاق بأحد الأمرين : المشيئة أو الإباء ، كما لو قال : أنت طالق إن قمت أو قعدت ، ولو قال : أنت طالق ، شئت أو أبيت ، طلقت في الحال ، إذ لا تعليق في هذا .

فصل : قال : أنت طالق ثلاثاً ، إلا أن يشاء أبوك أو فلان واحدة ، فشاء واحدة ، فثلاثة أوجه ، أصحها : لا يقع شيء ، كما لو قال : أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار ، فدخل . وعلى هذا لو شاء اثنتين أو ثلاثاً ، لم يقع شيء أيضاً ، لأنه شاء واحدة وزاد ، والثاني : أنه إذا شاء واحدة وقعت ، والثالث ، يقع طلقتان ، وتقديره : أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك أن لا يقع واحدة منها ، فلا يقع ، فإذا قلنا بالأول ، فقال : أردت المراد بالثاني ، قبل ، وإن قلنا : بالثاني ، فقال : أردت معنى الأول ، قبل أيضاً على الأصح فلا يقع شيء ، ولو قال : أنت طالق واحدة إلا أن يشاء أبوك ، أو إلا أن تشائي ثلاثاً ، فإن شاء أو شاءت ثلاثاً ، لم يقع شيء تفريعاً على الأصح . وإن لم يشأ شيئاً ، أو شاءت واحدة أو ثنتين ، وقعت واحدة . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقالت : شئت واحدة أو ثنتين ، لم يقع شيء ، ولو قال : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : شئت ثنتين أو ثلاثاً ، وقعت الواحدة .

فرع : قال : أنت طالق لولا أبوك ، لم تطلق على الصحيح . وفيه وجه ضعيف حكاه المتولي . ولو قال : أنت طالق لولا أبواك لطلقتك . قال الأصحاب : لا تطلق ، لأنه أخبر أنه لولا حرمة أبيها لطلقها ، وأكد هذا الخبر بالحلف بطلاقها ، كقوله : والله لولا أبوك لطلقتك . قال المتولي : إنما لا تطلق إذا كان صادقاً في خبره ، فإن كان كاذباً ، طلقت في الباطن ، وإن أقر أنه كان كاذباً ، طلقت في الظاهر أيضاً .

فرع : قال : أنت طالق إلا أن يشاء أو يبدو لي ، قال البغوي : يقع في الحال[١] .

فرع : قال البغوي : لو قال لها : أحبي الطلاق ، أو اهوي ، أو أريدي ، أو ارضي ، وأراد تمليكها الطلاق ، فهو كقوله : شائي أو اختاري ، فإذا رضيت أو أحبت ، أو أرادت ، وقع الطلاق ، هذا لفظه . وقال البوشنجي : إذا قال : شائي الطلاق ، ونوى وقوع الطلاق بمشيئتها فقالت : شئت ، لا تطلق ، وكذا لو قال : أحبي أو أريدي ، لأنه استدعى منها المشيئة ولم يطلقها ، ولا علق طلاقها ، ولا فوضه إليها ، ولو قُدِّر أنه تفويض ، فقولها : شئت ليس بتطليق ، وهذا أقوى .

ولو قال : إذا رضيت أو أحببت أو أردت الطلاق ، فأنت طالق ، فقالت : رضيت أو أحببت أو أردت ، طلقت . ولو قالت : شئت ، قال البوشنجي : ينبغي أن لا يقع ، وكذا لو قال : إن شئت ، فقالت : أحببت أو هويت ، لأن كلاً من لفظي المشيئة والمحبة يقتضي ما لا يقتضيه الآخر . ولهذا يقال : الإنسان يشاء دخول الدار ، ولا يقال : يحبه ، ويحب ولده ، ولا يسوغ لفظ المشيئة فيه .

فرع : قال : أنت طالق إلا أن يرى فلان غير ذلك ، أو إلا إن يشاء أو يريد غير ذلك ، أو إلا أن يبدو لفلان غير ذلك ، فلا يقع الطلاق في الحال ، بل يقف الأمر على ما يبدو من فلان ، ولا يختص ما يبدو منه بالمجلس .

ولو مات فلان وفات ما جعله مانعاً من الوقوع ، تبين وقوع الطلاق قبيل موته .

فرع : ذكر البوشنجي : أنه لو قال : أنت طالق إن لم يشأ فلان ، فقال فلان : لم أشأ ، وقع الطلاق . وكذا لو قال : إن لم يشأ فلان طلاقك اليوم ، فقال فلان في اليوم : لا أشاء ، وقع الطلاق ، وقياس التعليق ينفي الدخول وسائر الصفات أن يقال : إنه وإن لم يشأ في الحال ، فقد يشاء بعد ، فلا يقع الطلاق إلا إذا حصل اليأس ، وفاتت المشيئة . وفي صورة التقييد باليوم ، لا يقع إلا إذا مضى اليوم خالياً عن المشيئة ، ويجوز أن يوجه ما ذكره البوشنجي بأن كلام المعلق محمول على تلفظه بعدم المشيئة ، فإذا قال : لم أشأ ، فقد تحقق الوصف .

---

(١) نقل الشيخ البلقيني والأذرعي عن نص الشافعي عدم الوقوع والرافعي أبداه بحثاً .

الطرف السادس : في مسائل الدور .

فإذا قال لها : إذا طلقتك ، أو إن طلقتك ، أو متى طلقتك ، أو مهما طلقتك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم طلقها ، فثلاثة أوجه أحدها : لا يقع عليها طلاق أصلاً ، عملاً بالدور وتصحيحاً له ، لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث ، وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة[1] ، وحينئذ لا يقع الثلاث ، لعدم شرطه وهو التطليق . والوجه الثاني : يقع المنجز فقط . والثالث : يقع ثلاث تطليقات ، المنجزة ، وطلقتان من المعلق . وقيل على هذا : يقع المعلقات دون المنجزة ، قال الإمام : وهو بعيد ، ثم الوجهان الأولان يجريان في المدخول بها وغيرها ، وأما الثالث ، فمختص بالمدخول

---

(١) قيل: ما ذكره من انسداد باب الطلاق عليه ممنوع ، فقد نقل الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد في كتاب اقتناص السوائح عن بعضهم انحلال الدور بأن يعكس فيقول كلما لم يقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ، وحينئذ فإذا طلقها وجب أن يقع الثلاث القبلية لأن الطلاق القبلي قد صار والحالة هذه معلقاً على النقيضين أعني وقوع المنجز وعدم وقوعه ، وكلما كان لازماً للنقيضين فهو واقع قطعاً وهذه مقدمة عقلية لا تقبل المنع وقريب منه قولهم في الوكالة كلما عزلتك فأنت وكيل فيعاد العزل بأن يقول كلما عدت وكيل فأنت معزول ، ثم يقول عزلتك . انتهى .

قال في الخادم : وهو مقتضى أن المأخذ في المسألتين واحد وليس كذلك وقد اعترض عليه جماعة منهم الشيخ برهان الدين بن الفركاح المسمى بالغزاوي في تعليقه فقال : لا نسلم أن مقتضى التعليق الأول وقوع القبلي وكيف يكون ذلك مقتضاه ووقوعه مستحيل لأن التفريع على صحة الدور وهو يستلزم امتناع وقوع المنجز والمعلق .

وأما التعليق الثاني فهو يقتضي وقوع القبلي على تقدير عدم وقوع المنجز وهو ليس بمستحيل لكن وقوع القبلي على تقدير عدم وقوع المنجز مستحيل للدور لأنه لو دفع بالتعليق الثاني لوقع قبله الثلاث وجاء الدور واعترض أيضاً بعض المتأخرين بما حاصله أنه لا يندفع الدور لأنه لو وقع الطلاق بما أحدثه من التعليق ، لزم وقوع الطلاق الثلاث قبله ، فالتعليق الأول متى وقع لم يقع بالتعليق الثاني شيء فالدور مستمر بحاله بخلاف ما إذا قال إن طلقتك فوقع عليك طلاقي أو لم يقع فأنت طالق فإنه يقع ولا يمكن أن يقال فيه انه لو وقع لوقع قبله ، ثم قال إن الحكم بالوقوع فيما فرضه هو ليس لكون الطلاق معلقاً بالنقيضين بل لأجل التعليق بالعدم حتى لو تجرد التعليق بالعدم فقال إن طلقتك فلم يقع فأنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث .

وأما ما ذكره في المهمات من الوجهين فأولهما أخذه من قول الرافعي في مسألة الدور ثم ينبغي أن لا يقع طلاق الوكيل لأنه إذا لم ينفذ منه الطلاق لا ينفذ من وكيله ثم هو منقوض بالعبد فإنه يملك تعليق الثالثة ولا يملك تنجيزها .

وأماالثاني فحاصله تصوير مسألة الوكالة والمسألة السريجية ثم فيه اعتقاد أنه يقع الطلاق بمجرد التعليق من غير إحداث إيقاع وهو غلط .

بها ، فإن غيرها لا يتعاقب عليها طلاقان .

ولو قال لرقيق : إن أعتقك ، فأنت حر قبله ، ثم أعتقه على الوجه الثاني دون الأول ، ولو قال : إذا طلقتك ، فأنت طالق ثلاثاً قبله بيوم ، وأمهل يوماً ثم طلقها ، ففيه الخلاف ، ولو طلق قبل تمام يوم من وقت التعليق ، وقع المنجز بلا خلاف ، ولا يقع شيء من المعلق ، لأن الوقوع لا يسبق اللفظ . ولو قال : متى طلقتك ، فأنت طالق قبله بشهرين أو بسنة ، فإن طلقها قبل مضي تلك المدة ، وقع المنجز فقط بلا خلاف ، وإن مضت تلك المدة ، فعلى الوجه الأول ، وإن كانت غير مدخول بها ، لم يقع شيء ، وإن كانت مدخولاً بها ، فإن كانت عدتها منقضية في تلك المدة لو أوقعنا طلقة من الوقت الذي ذكره ، لم يقع شيء أيضاً ، وإن لم تكن منقضية ، وقع عليها طلقتان ، وعلى الوجه الثاني : إن لم يكن مدخولاً بها ، وقع ما نجزه ، وإن كانت مدخولاً بها ، وكانت عدتها منقضية في تلك المدة ، فكذلك ، وإن كانت غير منقضية ، وقع طلقتان .

ولو قال : أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً واحدة ، ثم طلقها غداً واحدة ، ففيه الأوجه ، وإذا كان التعليق بالتطليق كما صورناه في هذه المسائل ، فلو كان قد علق طلاقها بدخول الدار ونحوه قبل التعليق بالتطليق ، ثم دخلت الدار ، يقع المعلق بالدخول بلا خلاف ، لأنه ليس بتطليق ، وكذا لو وكل وكيلاً بتطليقها ، لأنه لم يطلقها الزوج ، إنما وقع عليها طلاقه .

أما إذا قال : إن وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فسواء طلق بنفسه أو بوكيله ، هكذا ذكره الإمام والمتولي ، ولو علق طلاقها بدخول الدار ، ثم قال : متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ، أو قال : إن حنثت في يمين فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم دخل الدار ، فهل يقع المعلق بالدخول إذا فرعنا على الوجه الأول ؟ وجهان . أحدهما : نعم لأنها يمين منعقدة قبل الدور ، فلا يملك إبطالها ، وأصحهما : لا ، وبه قال القاضيان ، أبو الطيب والروياني للدور ، ويتصور حل اليمين ، ولهذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً ، كان له إسقاطه ، بأن يقول : أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم ، وعلى هذا الوجه ، هذا الطريق أسهل في دفع الطلقات الثلاث من الخلع وإيقاع الصفة في حال البينونة . ولو قال : أنت طالق

ثلاثاً قبل أن أطلقك واحدة ، ثم طلقها وا حدة ، فعلى الوجه الأول : لا يقع شيء ، وكذا لو طلق ثلاثاً أو ثنتين لاشتمال العدد على واحدة ، وإذا مات أحدهما ، يحكم بوقوع الطلاق قبل الموت ، كما لو قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، قاله المتولي ، وعلى الوجه الثاني : يقع المنجز . ولو قال : إذا طلقتك ثلاثاً ، فأنت طالق قبلها طلقة ، فطلقها ثلاثاً ، فعلى الوجه الأول : لا يقع شيء ، وعلى الثاني : يقع الثلاث .

ولو طلقها واحدة أو ثنتين ، وقع المنجز بلا خلاف ، ولو قال : إذا طلقتك فأنت طالق قبله طلقتين ، وهي غير مدخول بها ، فطلقها ، لم يقع على الأول شيء ، وعلى الثاني : يقع المنجز ، وإن كانت مدخولاً بها ، وقع طلقتان على الوجهين .

فرع : قال : إن آليت منك ، أو ظاهرت منك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فإذا آلى أو ظاهر منها ، لم تقع الثلاث قبله ، وفي صحة الظهار والإيلاء الوجهان ، إن صححنا الدور ، لم يصحا ، وإن أوقعنا الطلاق المنجز صحا ، واختاره الغزالي في كتابه « غاية الغور في دراية الدور » القطع بالصحة ، وكذا الحكم لو قال : إن لاعنتك ، أو حلفت بطلاقك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، أو قال للرجعية : إن راجعتك فأنت طالق قبله طلقتين أو ثلاثاً ، أو قال : إن فسخت النكاح بعيبك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، وإذا وجد منه التصرف المعلق عليه ، ففي نفوذه الوجهان . قاله الشيخ أبو علي والقاضي حسين والأصحاب ، ولو قال : إن فسخت النكاح بعيبي أو بعيبك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، أو قال : إن استحققت الفسخ بذلك أو بالإعسار ، أو إن استقر مهرك بالوطء ، أو إن استحققت النفقة ، أو القسم ، أو طلب الطلاق في الإيلاء فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم فسخت ، أو وجدت الأسباب المثبتة لهذه الاستحقاقات ، نفذ الفسخ وتبين الاستحقاق ، ولا نقول بإبطالها للدور ، وإن ألغينا الطلاق المنجز ، والفرق أن هذه فسوخ وحقوق ، ثبتت عليه قهراً ، ولا تتعلق بمباشرته واختياره ، فلا يصح تصرفه دافعاً لها ومبطلاً لحق غيره ، بخلاف الطلاق ، ولو قال : إن انفسخ نكاحك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم ارتد أو اشتراها ، انفسخ النكاح قطعاً ، ولا يقع الطلاق .

فرع : قال : إن وطئت وطأً مباحاً ، فأنت طالق قبله ، ثم وطئها ، لم تطلق قبله ، إذ لو طلقت لم يكن الوطء مباحاً ، وسواء ذكر الثلاث في هذه الصورة أم لا . قال الإمام وغيره : ولا خلاف في هذه الصورة ، بل موضع الخلاف إذا انحسم بتصحيح اليمين الدائرة باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية ، وهنا لا تنحسم ولو قال : إن طلقتك طلقة رجعية ، فأنت طالق قبلها ثلاثاً أو طلقتين ، فطلقها ، ففيه الخلاف . ولو طلقها ثلاثاً أو خالعها ، أو كانت غير مدخول بها ، فطلقها واحدة ، أو ثنتين ، وقع المنجز ، لأنه إنما علق الثلاث بالطلقة الرجعية . وفي هذه الصور ما نجزه ليس برجعي . ولو قال : إن طلقتك طلقة رجعية ، فأنت طالق قبله واحدة وهي مدخول بها ، فلا دور ، فإذا طلقها ، طلقت طلقتين . ولو قال للمدخول بها : متى طلقتك طلاقاً رجعياً ، فأنت طالق ثلاثاً ، ولم يقل : قبله ، ثم طلقها ، وقع الثلاث ولا دور . وحكي عن ابن سريج : أنه لا يقع شيء ، قال الشيخ أبو علي : هذا غلط من ناقل أو ناسخ ، وابن سريج أجل من أن يقول هذا ، قال الإمام : والمحكي عن ابن سريج ، متجه عندي . ولو قال : إذا طلقتك طلقة رجعية ، فأنت طالق معها ثلاثاً ، فإذا طلقها ، فوجهان بناءً على الوجهين في قوله لغير المدخول بها : أنت طالق طلقة معها طلقة ، هل يقع طلقتان أم طلقة ؟ إن قلنا : طلقتان معاً ، فهنا لا يقع شيء ، بناءً على تصحيح الدور ، وإن قلنا هناك : لا يقع إلا واحدة ، وقع هنا الثلاث كما لو لم يقل : معها .

فرع : اختلف الأصحاب في الراجح من الأوجه الثلاثة في الدور ، فالمعروف عن ابن سريج الوجه الأول ، وهو أنه لا يقع الطلاق ، وبه اشتهرت المسألة بالسريجية وبه قال ابن الحداد والقفالان ، والشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، واختاره الشيخ أبو علي وصاحب « المهذب » ، والغزالي ، وعن المزني أنه قال في كتاب « المنثور » ، ورأيت في بعض التعاليق ، أن صاحب « الإفصاح » حكاه عن نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه ، واختاره الإمام أبو بكر الإسماعيلي ، وأبو عبد الله الحسين . الوجه الثالث ، وهو وقوع الثلاث إذا نجز واحدة ، وذهب إلى وقوع المنجزة فقط : ابن القاص ، وأبو زيد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، واختاره ابن الصباغ والمتولي ، والشريف ناصر العمري ، وللغزالي تصنيفان في المسألة ، مطول في تصحيح الدور ، سماه « غاية الغور في دراية

الدور » ، ومختصر في إبطاله سماه « الغور في الدور » ، رجع فيه عن تصحيحه ، واعتذر فيه عما سبق منه ، ويشبه أن تكون الفتوى به أولى . وذكر الروياني بعد اختياره تصحيح الدور ، أنه لا وجه لتعليم العوام المسألة لفساد الزمان .

قلت : قد جزم الرافعي في « المجرد » بترجيح وقوع المنجزة فقط ، كما أشار هنا إلى اختياره . والله أعلم .

فصل : إذا صححنا الدور ، فقال : متى وقع طلاقي على حفصة ، فعمرة طالق قبله ثلاثاً ، ومتى وقع طلاقي على عمرة ، فحفصة طالق قبله ثلاثاً ، ثم طلق إحداهما ، لم تطلق هي ولا صاحبتها ، فلو ماتت عمرة ثم طلقت حفصة ، طلقت ، لأنه لا يلزم والحالة هذه من إثبات الطلاق نفيه ، ولو قال زيد لعمرو : متى وقع طلاقك على زوجتك ، فزوجتي طالق قبله ثلاثاً ، وقال عمرو لزيد مثل ذلك ، لم يقع طلاق واحد منهما على زوجته ، ما دامت زوجة الآخر في نكاحه ، ولو قال لزوجته : متى دخلت الدار وأنت زوجتي ، فعبدي حر قبله ، وقال لعبده : متى دخلت الدار وأنت عبدي ، فامرأتي طالق قبله ثلاثاً ، ثم دخلا الدار معاً ، لم يعتق العبد ، ولا تطلق هي ، قال الإمام : ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة ، لأنه ليس فيها سد باب التصرف ، فلو دخلت المرأة أولاً ، ثم العبد ، عتق ولم تطلق هي لأنه حين دخلت لم يكن عبداً له ، فلم تحصل صفة طلاقها . ولو دخل العبد أولاً ثم دخلت ، طلقت ولم يعتق . ولو قال لها : متى دخلت الدار وأنت زوجتي ، فعبدي حر . وقال له : متى دخلت الدار وأنت عبدي ، فزوجتي طالق ، ولم يقل في الطرفين : قبله ، فدخلا معاً ، عتق وطلقت ، لأن كلاً منهما عند الدخول بالصفة المشروطة . ولو دخل ثم دخلت أو عكسه ، فالحكم كما في الصورة السابقة بلا فرق .

فرع : قال لها : متى أعتقت أمتي هذه وأنت زوجتي ، فهي حرة ، ثم قال : متى أعتقتها ، فأنت طالق قبل إعتاقك إياها بثلاثة أيام ، ثم أعتقتها المرأة قبل ثلاثة أيام ، عتقت الأمة لأنها أعتقتها وهي زوجة ، ولا تطلق المرأة ، لأنها لو طلقت ، لطلقت قبل الإعتاق ثلاثة أيام ، وحينئذ يكون الطلاق متقدماً على اللفظ ، وذلك ممتنع . فلو أمهلت ثلاثة أيام ثم أعتقها ، لم تعتق ، لأنه إنما أذن لها في الإعتاق بشرط أن تكون زوجة له ، ولا تطلق أيضاً لأنه معلق بالعتق ، وبالله التوفيق .

الطرف السابع : في أنواع من التعليق ونحوه

فمن ذلك التعليق بالحلف ، قال ابن سريج وتابعه جمهور الأصحاب : الحلف ما تعلق به منع من الفعل ، أو حث عليه ، أو تحقيق خير وجلب تصديق ، فإذا قال : إذا حلفت ، أو إن حلفت بطلاقك ، فأنت طالق ، ثم قال : إذا طلعت الشمس ، أو إذا جاء رأس الشهر ، فأنت طالق ، لم يقع الطلاق المعلق بالحلف بالطلاق ، لأنه ليس في هذا التعليق منع ، ولا حث ، ولا غرض تحقيق ، وكذا لو قال : إذا حضت ، أو إذا طهرت ، أو إذا شئت فأنت طالق ، فكذلك حكمه ، وحكى الفوراني وجهاً أن هذا كله يسمى حلفاً ، وهذا شاذ ، والصواب الأول[1] .

ولو قال بعد التعليق بالحلف : إن ضربتك ، أو إن كلمت فلاناً ، أو إن خرجت من الدار ، أو إن لم تخرجي ، أو إن لم أفعل كذا ، أو إن لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق ، وقع في الحال الطلاق المعلق بالحلف ، لأن هذا حلف ، ثم إذا وجد الضرب أو غيره مما علق عليه ، وقعت طلقة أخرى إن بقيت في العدة ، ولو قال : إن قدم فلان فأنت طالق ، وقصد منعه وهو ممن يمتنع تخلفه ، فهو كقوله : إن دخلت الدار . وكذا لو قال الزوج : طلعت الشمس ، فكذبته ، فقال : إن لم تطلع فأنت طالق ، فهو حلف ، لأن غرضه التحقيق ، وحملها على التصديق ، وإن قصد بقوله : إن قدم فلان ، التوقيت ، أو كان فلان ممن لا يمتنع تخلفه كالسلطان ، أو قال : إذا قدم الحجيج فأنت طالق ، فليس هذا حلفاً ، وما جعلنا التعليق حلفاً ، فلا فرق بين

---

(١) قال الشيخ البلقيني ما قاله أنه شاذ جرى عليه الخوارزمي في الكافي وحكى قول ابن سريج أيضاً فقال في فصل تساوي طوالق بعد فصل قبله من كتاب الطلاق لو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، حنث . وقال ابن سريج : لا يقع لأن هذا ليس بيمين إنما هو تعليق بصفة ، فإن اليمين ما يكون مقصود الحالف منه المنع والحمل وعندنا اليمين حقيقة تعليق الجزاء بالشرط من غير نظر إلى مقصود الحالف لكن بشرط أن يكون الخبر الحال يقبل التعليق ، وقال بعد ذلك في باب الطلاق بالوقت وطلاق المكره ، ولو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها إن ضربتك أو تزوجت عليك فأنت طالق ، يقع طلقة .

ولو قال لها إن نفست فأنت طالق ، فهل يقع طلاقها ؟ وجهان على قول أبي العباس بن سريج وجماعة من أصحابنا لا يقع لأن المأتي به ليس بيمين وإنما هو تعليق بصفة ، فإن اليمين ما يكون مانعاً أو حاملاً ، وعلى قول جماعة من الأصحاب يحنث نظراً إلى صفة اليمين ولا نظر إلى مقصود الحالف ، انتهى . وظهر أن الوجه ليس بشاذ ، انتهى وأخذ ذلك صاحب الخادم ولم يعزه لشيخه البلقيني .

أن يعلقه بصيغة « إن » أو صيغة « إذا » ، اعتباراً بأنه موضع منع وحث وتصديق وقيل : إن كان بصيغة « إذا » فهو توقيت وليس بحلف ، والصحيح الأول ، وما لم يجعل التعليق به حلفاً كطلوع الشمس وقدوم الحجيج ، فلا فرق فيه بين صيغة « إن » و « إذا » . وقيل : إن علقه بصيغة « إن » كان حلفاً لأنه صرفه عن التوقيت بالعدول عن كلمة التوقيت ، وهي « إذا » ، فإنها ظرف زمان ، والصحيح الأول .

فرع : قال : إن أقسمت بطلاقك ، أو عقدت يميني بطلاقك [فأنت طالق][1] فهو كقوله : إن حلفت بطلاقك . ولو قال : إن لم أحلف بطلاقك ، أو إذا لم أحلف بطلاقك ، فأنت طالق ، فحكمه كما سبق في طرف الإثبات ، والمذهب أن لفظة « إن » لا تقتضي الفور والبدار إلى الحلف ، ولفظة « إذا » تقتضيه . فإذا قال : إذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد ذلك مرة ثانية وثالثة ، نظر ، إن فصل بين المرات بقدر ما يمكن فيه الحلف بطلاقها وسكت فيه ، ولم يحلف عقيب المرة الثالثة ، وقع الطلقات الثلاث ، وإن وصل الكلمات ، لم يقع بالأولى ولا بالثانية شيء ، ويقع بالثالثة طلقة ، إذا لم يحلف عقبها بطلاقها . ولو قال : كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ، ومضى زمان يمكنه أن يحلف فيه فلم يحلف ، طلقت طلقة . فإذا مضى مثل ذلك ولم يحلف ، وقعت ثانية ، وكذلك الثالثة . ولو قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد هذا القول مرة ثانية وثالثة ورابعة ، فإن كانت المرأة مدخولاً بها ، وقع بالمرة الثانية طلقة ، وتنحل اليمين الأولى ، ثم يقع بالثالثة طلقة بحكم اليمين الثانية وتنحل ، ويقع بالرابعة طلقة ثالثة بحكم اليمين الثالثة وتنحل الثالثة ، وتكون الرابعة يميناً منعقدة ، حتى يقع بها الطلاق إذا حلف بطلاقها في نكاح آخر ، إن قلنا : يعود الحنث بعد الطلقات الثلاث وإن لم يكن مدخولاً بها ، وقع طلقة بالمرة الثانية ، وبانت بها ، تنحل اليمين الأولى ، وتبقى الثانية منعقدة ، وفي ظهور أثرها في النكاح المجدد ، الخلاف في عود الحنث ، والثالثة والرابعة واقعتان في حال البينونة ، فلا تنعقدان ، ولا ينحل بهما شيء . ولو قال لغير المدخول بها : إذا كلمتك فأنت طالق ، وأعاد ذلك مراراً ، وقع بالمرة الثانية طلقة ، وهي يمين منعقدة ، وتنحل بالثالثة ، لأن التعليق هنا بالكلام ، والكلام قد يكون في

---

(١) سقط في « ط » .

البينونة ، وهناك التعليق بالحلف بالطلاق ، وذلك لا يكون في حال البينونة وقال سهل الصعلوكي : لا تنعقد اليمين الثانية في مسألة الكلام ، لأنها تبين بقوله : إن كلمتك ، فيقع قوله : فأنت طالق في حال البينونة ، وتلغو الثالثة والرابعة ، والصحيح الأول ، لأن قوله : إن كلمتك فأنت طالق ، كلام واحد .

فرع : قال لامرأتيه : إذا حلفت بطلاقكما ، فأنتما طالقان ، وأعاد هذا القول مراراً ، فإن كان دخل بهما ، طلقتا ثلاثاً ثلاثاً ، وإن لم يدخل بواحدة منهما ، طلقتا طلقة ، وبانتا ، وفي عود الحنث باليمين الثانية الخلاف ، وإن دخل بإحداهما ، طلقتا جميعاً بالمرة الثانية ، وبانت غير المدخول بها ، وبالمرة الثالثة لا تطلق واحدة منهما ، لأن شرط الطلاق الحلف بهما ، ولا يصح الحلف بالبائن . فإن نكح التي بانت ، وحلف بطلاقها وحدها ، طلقت المدخول بها إن راجعها ، أو كانت بعد في العدة ، لأنه حصل الشرط وهو الحلف بطلاقها . وفي طلاق هذه المجددة الخلاف في عود الحنث .

فرع : قال لامرأتيه : إن حلفت بطلاقكما ، فعمرة منكما طالق ، وأعاد هذا مراراً ، لم تطلق عمرة ، لأن طلاقها معلق بالحلف بطلاقهما معاً ، وهذا حلف بطلاقها وحدها ، وكذا لو قال بعد التعليق الأول : إذا دخلتما الدار فعمرة طالق ، وإنما تطلق عمرة إذا حلف بطلاقهما جميعاً ، إما في يمين أو يمينين . ولو قال : إن حلفت بطلاقكما ، فإحداكما طالق ، وأعاد ذلك مراراً ، لم تطلق واحدة منهما . فلو قال بعد ذلك : إن حلفت بطلاقها فأنتما طالقان ، طلقت إحداهما بالتعليق الأول ، وعليه البيان ، ولو قال : إن حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان ، وأعاد مرة ثانية ، طلقتا جميعاً .

فرع : قال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها منكما ، فصاحبتها طالق ، قال صاحب « التلخيص » : إذا سكت ساعة يمكنه أن يحلف فيها بطلاقهما ، طلقتا . قال الشيخ أبو علي : عرضت قوله على القفال وشارحي « التلخيص » فصوبوه . والقياس أن هذه الصيغة لا تقتضي الفور ، ولا يقع الطلاق على واحدة منهما بالسكوت ، إلى أن يتحقق اليأس عن الحلف بموته أو موتها ، إذ ليس في عبارته تعرض للوقت ، بخلاف قوله : متى لم أحلف . وتابعه الإمام وغيره على قوله ،

واستبعدوا كلام صاحب « التخليص »[١] .

فصل : قال : إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة ، فأنت طالق ، فأكلت رمانة ، طلقت طلقتين . ولو كان التعليق بصيغة « كلما » طلقت ثلاثاً ، لأنها أكلت رمانة ، ونصف رمانة مرتين .

فصل : تحته أربع نسوة ، فقال : من بشرتني منكن بكذا ، فهي طالق ، فبشرته واحدة بعد أخرى ، طلقت الأولى فقط ، لأن البشارة الخبر الأول[٢] .

ولو شاهد هو الحال قبل أن تخبره ، فاتت البشارة ، ولو بشره أجنبي ثم ذكرته له إحداهن ، لم تطلق . وحكى الفوراني وجهاً ، أن البشارة لا تختص بالخبر الأول ، بل هي كقوله : من أخبرتني بكذا ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، والصحيح الأول ، ولو بشرته امرأتان معاً ، فالمنقول أنهما تطلقان ، وفيه نظر ، فإنه لو قال : من أكل منكما هذا الرغيف ، فهي طالق فأكلتاه ، لم تطلقا .

قلت : الصواب ، أنهما تطلقان ، وليس كمسألة الرغيف ، لأنه لم تأكله واحدة منهما ، وأما البشارة ، فلفظ من ألفاظ العموم ، لا ينحصر في واحدة ، فإذا بشرتاه معاً ، صدق اسم البشارة من كل واحدة ، فطلقتا[٣] . والله أعلم .

ويشترط في البشارة الصدق ، فلو قالت واحدة : كان كذا ، وهي كاذبة ، ثم ذكرته الثانية وهي صادقة ، طلقت الثانية دون الأولى ، وتحصل البشارة بالمكاتبة ، كما تحصل باللفظ ، ولو أرسلت رسولاً ، لم تطلق ، لأن المبشر هو الرسول ، ذكره البغوي .

---

(١) قال في الخادم : هذا الذي نقله عن القفال فيه نظر ، فإن الذي رأيته في شرح التلخيص للقفال بعد ذكر صاحب التلخيص ما نصه قال الشيخ ـ يعني القفال ـ هذا غلط لا يخرج على أصل الشافعي .
والجواب فيها على أصل الشافعي أنه إذا مات ولم يحلف بطلاقها ، طلقت قبيل الموت طلقة .

(٢) قال في الخادم : قضية إطلاقه أنه لا يشترط في البشارة كونها سارة ، وفيها خلاف لأهل اللغة ، ورجح بعضهم التعميم فقال : البشارة تكون بالخير والشر وإذا طلقت كانت في الخير والشر لقوله تعالى : ﴿ فبشرهم بعذاب أليم ﴾ . إلى آخر ما ذكره .

(٣) قال في الخادم : ما ذكره يعني الرافعي تفقهاً من عدم طلاقهما قد جزم به الماوردي والروياني في كتاب الأيمان ثم نقل عن البحر هنا الجزم بالمنقول وتردد صاحب الخادم إنما بحثه الرافعي وجه محكي في المذهب .

فرع : قال : من أخبرتني منكما بكذا ، فهي طالق ، فلفظ الخبر يقع على الكذب والصدق ، ولا يختص بالخبر الأول ، فإذا أخبرتاه صادقتين أو كاذبتين معاً ، أو على الترتيب ، طلقتا جميعاً ، وسواء قال : من أخبرتني منكما بقدوم زيد ، أو من أخبرتني أن زيداً قدم ، أو بأن زيداً قدم ، وحكي وجه ، فيما إذا قال : من أخبرني بقدوم زيد ، أنه لا يقع إذا أخبرته كاذبة ، لأن الباء للإلصاق ، فصار في معنى شرط القدوم في الإخبار ، وبهذا قال الفوراني ، والصحيح الأول .

فصل : تحته حفصة وعمرة ، فقال : يا عمرة ، فأجابته حفصة ، فقال : أنت طالق ، فإن قال : ظننت المجيبة عمرة ، لم تطلق عمرة ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، بل ظن ذلك ، وظن الخطاب بالطلاق لا يقتضي وقوعه . ولهذا لو قال لزوجته : أنت طالق وهو يظنها زوجته الأخرى ، طلقت المخاطبة دون المظنونة ، ولو قال لأجنبية : أنت طالق وهو يظنها زوجته ، لم يقع الطلاق على زوجته ، وأما حفصة المخاطبة ، فيقع عليها الطلاق على الأصح . وأشار بعضهم إلى أن الخلاف في الوقوع باطناً ، وأنها تطلق ظاهراً بلا خلاف ، هذا ترتيب الأصحاب . وقال الإمام : لو قيل : تطلق حفصة ظاهراً قطعاً ، وفي عمرة وجهان ، لكان محتملاً ، ولو قال : علمت أن التي أجابتني حفصة ، سئل ، فإن قال : قصدت طلاق حفصة ، طلقت حفصة دون عمرة ، لأن قوله محتمل ، وإن قال : قصدت طلاق عمرة دون حفصة المجيبة ، طلقت عمرة ظاهراً وباطناً ، ويدَين في حفصة ، ويقع طلاقها ظاهراً على الصحيح ، ولو كان النداء والجواب كما سبق ، لكن قال بعد جواب حفصة : زينب طالق لامرأة له ثالثة ، طلقت زينب دون حفصة وعمرة . ولو قال : أنت وزينب طالقان ، طلقت زينب ، ثم يسأل ؟ فإن قال : ظننت المجيبة عمرة ، لم تطلق عمرة ، وتطلق حفصة على الأصح . وإن قال : علمت أن المجيبة حفصة ، وقصدت طلاقها ، طلقت دون عمرة ، وإن قال : قصدت طلاق عمرة ، طلقت عمرة ظاهراً وباطناً ، وطلقت حفصة ظاهراً على الصحيح ، وهذه المسألة ليست من التعليق في شيء ، لكن التزام ترتيب الكتاب اقتضى جعلها هنا .

فصل : قال العبد لزوجته : إذا مات سيدي ، فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد للعبد : إذا مت فأنت حر ، فمات ، نظر إن لم يحتمل الثلث جميع العبد رق ما زاد على الثلث ، ومن بعضه رقيق كالقن في عدد الطلاق ، فتقع الطلقتان ، وليس

له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل ، وإن احتمله الثلث عتق ، وفي تحريمها عليه وجهان ، أحدهما : لا تحل إلا بمحلل ، وأصحهما وبه قال ابن الحداد : لا تحرم ، فله رجعتها ، وله تجديد نكاحها بلا محلل ، لأن العتق والطلاق وقعا معاً ، فلم يكن رقيقاً حال الطلاق حتى يفتقر إلى محلل ، ولا تختص المسألة بموت السيد ، بل يجري الخلاف في كل صورة تعلق عتق العبد ، ووقوع طلقتين على زوجته بصفة واحدة ، كما لو قال العبد : إذا جاء الغد ، فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد : إذا جاء الغد فأنت حر ، ولو قال العبد ، إذا عتقت فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد : إذا جاء الغد فأنت حر ، فلو قال الشيخ أبو علي : إذا جاء الغد ، عتق وطلقت طلقتين ، ولا تحرم عليه بلا خلاف ، لأن العتق سبق وقوع الطلاق ، ولو علق السيد عتقه بموته ، وعلق العبد الطلقتين بآخر جزء من حياة السيد ، انقطعت الرجعة ، واشترط المحلل بلا خلاف ، لأن الطلاق صادف الرق .

فرع : من له نكاح الأمة ، نكح أمة مورثه ، ثم قال لها : إذا مات سيدك ؟ فأنت طالق ، فمات السيد وورثه الزوج ، انفسخ النكاح ، ولم يقع الطلاق على الأصح ، وقيل : يقع سواء كان على السيد دين مستغرق أم لا ؟ وقيل : إن كان دين مستغرق ، نفذ الطلاق تفريعاً على أن الدين يمنع انتقال الملك إلى الوارث ، فعلى هذا ، إذا قضي الدين ، بان انتقال الملك إليه ، وصار الدين كالمعدوم ، والصحيح الأول . ولو علق الزوج طلاقها كما ذكرنا ، وقال السيد : إذا مت ، فأنت حرة ، فإن خرجت من الثلث ، عتقت وطلقت ، وإلا عاد الخلاف في نفوذ الطلاق ، فلو أجاز الزوج عتقها وكان حائزاً للإرث ، أو أجاز معه باقي الورثة ، فإن قلنا : الاجازة تنفيذ ، طلقت ، لأنها لم تدخل في ملك الوارث ، وإن قلنا : عطية من الوارث ، فقد دخلت في ملكه ، ويكون وقوع الطلاق على الخلاف ، ولو كاتبها السيد ومات ، قال الشيخ أبو علي : في وقوع الطلاق الخلاف ، لأن المكاتب يورث ، ولهذا لو مات وبنته تحت مكاتبه ، انفسخ النكاح ، لأنها ورثت بعض زوجها ، وإذا لم يكن الزوج وارثاً لسبب ، وقع الطلاق والانفساخ قطعاً .

فرع : قال الحر لزوجته الأمة : إن اشتريتك ، فأنت طالق ، وقال سيدها : إن بعتك ، فأنت حرة ، فباعها لزوجها ، عتقت في الحال ، لأنا إن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف ، فالجارية ملكه ، وقد وجدت الصفة ، وإن قلنا :

الملك للمشتري ، فللبائع الفسخ ، وإعتاقه فسخ ، فتعود الجارية بالإعتاق إلى ملكه ، وأما الطلاق ، فقد أطلق ابن الحداد : أنه يقع ، قال الأصحاب : هذا تفريع على أن الملك في زمن الخيار للبائع ، فإن النكاح على هذا القول باقٍ ، وقد وجد شرط الطلاق ، فيقع ، وكذا الحكم على قولنا : موقوف ، لأنه لم يتم البيع ، وأما إذا قلنا : الملك للمشتري ، فلا يقع الطلاق على الأصح ، كالمسألة السابقة في الفرع السابق ، ولو قال : إن ملكتك بدل « اشتريتك » ، لم يجيء فيه إلا هذا الخلاف الأخير ، ولو اشترى زوجته الأمة وطلقها في زمن الخيار ، فإن قلنا : الملك للبائع ، نفذ الطلاق ، وإن قلنا : للمشتري ، فلا ، وإن قلنا : موقوف ، فإن لم يتم البيع ، طلقت ، وإلا فلا ، قال الشيخ أبو علي : ومتى وقع الطلاق ثم تم البيع ، فإن كان الطلاق رجعياً ، فله الوطء بملك اليمين ، ولا يلزم الصبر إلى انقضاء العدة ، لأنها عدته ، كما له نكاح مختلعته في العدة ، وإن كان الطلاق بالثلاث ، فليس له وطؤها بملك اليمين قبل محلل على الأصح .

فصل : قال : أنت طالق يوم يقدم زيد ، فقدم نهاراً ، طلقت ، وهل يقع الطلاق عقب القدوم ، أم نتبين وقوعه من طلوع الفجر ؟ وجهان . أصحهما الثاني ، وبه قال ابن الحداد ، لأن الطلاق مضاف إلى يوم القدوم ، فأشبه قوله : يوم الجمعة ، فلو ماتت ، ثم قدم زيد ذلك اليوم ، فعلى الوجه الثاني ، ماتت مطلقة ، فلا يرثها الزوج إن كان الطلاق بائناً ، وكذلك لو مات الزوج بعد الفجر ، فقدم زيد في يومه ، لم ترث هي منه ، وعلى الوجه الأول ثبت الإرث ، ولو خالعها في أول النهار ثم قدم ، فعلى الوجه الأول الخلع صحيح ، ولا تطلق بالقدوم ، وعلى الثاني ، الخلع باطل إن كان الطلاق المعلق بائناً ، وان كان رجعياً ، فعلى الخلاف في خلع الرجعية ، ولو كانت طاهراً في أول النهار فحاضت ، ثم قدم ، فعلى الوجه الثاني ، تحسب بقية ذلك الطهر قُرءاً ، وعلى الأول بخلافه ، ويجري الخلاف فيما لو قال : عبدي حر يوم يقدم زيد ، فباعه ، ثم قدم زيد في يوم البيع ، هل يصح البيع أم لا ؟

ولو قدم زيد ليلاً ، لم تطلق على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان ، لأن اليوم قد يستعمل في مطلق الوقت .

فصل : قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بإصبع ، طلقت طلقة ، وإن أشار بإصبعين ، فطلقتين ، أو بثلاث فثلاثاً ، قال الإمام : هذا إذا أشار إشارة مفهمة للطلقتين أو الثلاث ، وإذا حصلت الإشارة المعتبرة ، فقال : أردت الإشارة بالاصبعين المقبوضتين ، صدق بيمينه للاحتمال ، وإن قال : أردت واحدة ، لم يقبل على الأصح[1] . وقال صاحب « التقريب » : يقبل ، وإن قال : أنت طالق ، وأشار بالأصابع ولم يقل : هكذا ، لم يحكم بوقوع العدد إلا بالنية ، ولو قال : أنت هكذا ، وأشار بأصبعه الثلاث ، ففي فتاوى القفال : أنه إن نوى الطلاق ، طلقت ثلاثاً ، وإلا فلا ، كما لو قال : أنت ثلاثاً ولم ينو بقلبه . وقال غيره : ينبغي أن لا تطلق وإن نوى ، لأن اللفظ لا يشعر بطلاق .

قلت : هذا الثاني أصح ، ويوافقه ما قطع به صاحب « المهذب » فقال : لو قال : أنت ، وأشار بأصابعه الثلاث، ونوى الطلاق ، لا يقع ، لأنه ليس فيه لفظ طلاق ، والنية لا يقع بها طلاق من غير لفظ . والله أعلم .

فرع[2] : قال : إن دخلت الدار ، أو كلمت زيداً ، فأنت طالق ، أو أنت طالق إن دخلت الدار ، أو كلمت زيداً ، طلقت بأيهما وجد ، وتنحل اليمين ، فلا يقع بالصفة الأخرى شيء، ولو قال: إن دخلت الدار ، وإن كلمت زيداً ، فأنت طالق ، أو أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن كلمت زيداً ، أو قال : إن دخلت هذه الدار ، وإن دخلت الأخرى ، فأنت طالق ، أو قال : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق ، وإن دخلت الأخرى ، وقع بالصفتين طلقتان ، وبإحداهما طلقة . ولو قال : إن دخلت وكلمت زيداً ، فأنت طالق ، فلا بد من وجودهما ، وتقع طلقة واحدة ، وسواء تقدم الكلام على الدخول أو تأخر ، وأشار في « التتمة » ، إلى وجه في اشتراط تقدم الدخول ، تفريعاً على أن الواو تقتضي الترتيب .

ولو قال : إن دخلت الدار ، فكلمت زيداً ، أو ثم كلمت زيداً ، فلا بد منهما ، ويشترط تقدم الدخول ، ولو قال : إن دخلت الدار ، إن كلمت زيداً ، فأنت

(١) قال في الخادم : لم يصحح الرافعي شيئاً وساق لفظ الرافعي فالترجيح من عند الشيخ من غير تمييز أنه من زيادته .

(٢) في هامش « ط » سقط في الأصل .

طالق ، أو قال : أنت طالق إن دخلت ، إن كلمت ، فلا بد منهما ، ويشترط تقدم المذكور آخراً على المذكور أولاً ، ويسمى هذا : اعتراض الشرط على الشرط ، لأنه جعل الكلام شرطاً لتعليق الطلاق بالدخول ، والتعليق يقبل التعليق ، كما أن التنجيز يقبله ، ولهذا يصح أن يقول لعبده : إن دخلت الدار فأنت مدبَّر ، ومن هذا الباب قوله تعالى : ﴿ ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يُريد أن يُغويكم ﴾[1] . وفي فتاوى القفال : أنه يشترط تقدم المذكور أولاً ، فإن قدمت الثاني ، لم تطلق ، وهذا غريب ضعيف . ومال إمام الحرمين إلى أنه لا يشترط بالترتيب ، ويتعلق الطلاق بحصولهما كيف كان ، والصحيح الذي عليه الجماهير ، هو الأول ، قالوا : فإذا كلَّمته في المثال المذكور ثم دخلت ، طلقت ، وإن دخلت ثم كلمته ، لم تطلق . قال المتولي : وتنحل اليمين ، فلو كلمته بعد ذلك ثم دخلت ، لم تطلق ، لأن اليمين تنعقد على المرة الأولى ، وسواء كانت صيغة الشرط في الصفتين « إن » أو غيرها ، وسواء اتحدت الصيغة أم لا ، حتى لو قال : أنت طالق إذا دخلت ، ان كلمت ، أو قال : إن دخلت إذا كلمت ، أو بالعكس ، أو قال : متى كلمت ، فالحكم كما سبق ، ولو قال : إن أعطيتك ، إنْ وعدتك ، إن سألتني ، فأنت طالق ، اشترط وجود السؤال ، ثم الوعد ، ثم العطية ، والمعنى : إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق ، وذكر صاحب « المهذب » أنه لو قال : إن سألتني إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق اشترط السؤال ، ثم الوعد ، ثم العطية ، لكن مقتضى ما تمهل أنه يشترط وجود الوعد ، ثم العطية ، ثم السؤال ، والمعنى : إن سألتني وأعطيتك إن وعدتك، فأنت طالق، وكأنه صور رجوع الكل إلى مطلوب واحد ، ولم ير للوعد معنىً بعد العطية ، ولا للسؤال معنىً بعد الوعد والعطية ، فحمله على ما ذكرناه .

فرع : قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن كلمت زيداً ، فقد يريد إذا دخلت الدار تعلَّق طلاقها بالكلام ، وقد يريد إذا كلمته تعلَّق طلاقها بالدخول ، فيراجع ، ويعمل بتفسيره .

فرع : قال : إن كلمت زيداً وعمراً ، أو بَكراً مع عمرو ، فأنت طالق ، فإنما

---

(١) سورة هود الآية (٣٤) .

تطلق إذا كلمت زيداً وعمراً ، والأصح اشتراط كون بكر مع عمر ووقت تكليمه ، كما لو قال : إن كلمت فلاناً وهو راكب .

فرع : قال المتولي : عادة البغداديين إذا أراد أحدهم تعليقاً بالدخول يقول : أنت طالق لا دخلت ، كما يقول الحالف : والله لا أدخل ، والمعنى : إن دخلت فأنت طالق ، وعلى هذه العادة قال ابن الصباغ : لو قال : أنت طالق لا كلمت زيداً وعمراً وبكراً ، فكلّمتهم ، طلقت وإن كلمت بعضهم ، لم تطلق . ولو قال : لا كلمت زيداً ولا عمراً ولا بكراً ، فأيهم كلمته طلقت .

فرع : ذكر ابن سريج ، أنه لو قال : أنت طالق إن كلمت زيداً حتى يدخل عمرو الدار ، أو إلى أن يدخل ، فالغاية تتعلق بالشرط ، لا بنفس الطلاق ، والمعنى : أنت طالق إن كلمت زيداً قبل دخول عمرو الدار .

فصل : قال لنسوته الأربع : أربعكن طوالق إلا فلانة ، أو إلا واحدة ، قال القاضي حسين والمتولي : لا يصح هذا الاستثناء ، ويطلقن جميعاً ، لأن الأربع ليست صيغة عموم ، وإنما هي اسم خاص لعدد معلوم خاص ، فقوله : إلا فلانة ، رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها ، فهو كقوله : طالق طلاقاً لا يقع . ومقتضى هذا التعليل ، أنه لا يصح الاستثناء من الأعداد في الأقراء ، ومعلوم أنه ليس كذلك . ومنهم من وجهه ، بأن الاستثناء في المعين غير معتاد ، وهذا يضعف بأن الإمام حكى عن القاضي ، أنه قال : أربعكن إلا فلانة طوالق ، صح الاستثناء ، وادعى أن هذا معهود دون ذلك ، وهذا كلام كما تراه . وقد حكينا في الإقرار أن الاستثناء صحيح من المعينات على الصحيح ، ويستوي في الوجهين الإقرار والطلاق .

فصل : قيل له على وجه الاستخبار : أطلقت امرأتك ، أو فارقتها ، أو زوجتك طالق ؟ فقال : نعم ، فهذا إقرار بالطلاق ، فإن كان كاذباً فهي زوجته في الباطن . فلو قال : أردت الإقرار بطلاق سابق وقد راجعتها ، صدق . وإن قال : أبنتها وجددت النكاح ، فعلى ما ذكرناه فيما إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي ، وفسر بذلك . ولو قيل له ذلك على وجه التماس الإنشاء ، فإن قال في الجواب : نعم ، طلقت ، ولا إشكال ، وان اقتصر على قوله : نعم ، فهل هو صريح أم كناية ؟ قولان . قال ابن الصباغ والروياني وغيرهما : أظهرهما : أنه صريح ، وقطع به

بعضهم ، وهـو اختيار المـزني ، وفي كلام بعضهم إطـلاق الخلاف بـلا فرق بين الالتماس والاستخبار والإنشاء . والصحيح التفصيل الذي ذكرناه . ولـو قيل لـه : طلقت زوجتك ، فقال : طلقت ، فقد قيل : هو كقوله : نعم . وقيل : ليس بصريح قطعاً ، لأن « نعم » متعين للجواب ، وقوله : طلقت ، مستقل بنفسه ، فكأنـه قال ابتداءً : طلقت واقتصر عليه ، وقد سبق أنه لو اقتصر عليه فلا طلاق .

فرع : قيل له : ألك زوجة ؟ فقال : لا ، فقد نص في « الإملاء » أنه لا يقع به طلاق وإن نوى ، لأنه كذب محض ، وبهذا قطع كثير من الأصحاب ، ولم يجعلوه إنشاءً ، ولا بأس لو فرق بين كون السائل مستخبراً أو ملتمساً الإنشاء ، كما قد سبق في الفصل قبله ، لأنا ذكرنا في كنايات الطلاق ، أنه لو قال مبتدئاً : لست بزوجة لي ، كان كناية على الأصح ، وذكـروا وجهين ، في أنه صـريح في الإقـرار ، أم كناية ؟ قال القاضي حسين : هو صريح ، والأصح أنه كناية[١] ، لاحتمال أنه يريد نفي فائدة الزوجات ، وبهذا قطع البغوي ، ولها تحليفه أنه لم يرد طلاقها . ولو قال قائل : هذه زوجتك مشيراً إليها ؟ فقال : لا ، فهذا أظهر في كونه إقراراً بالطلاق .

فرع : قيل : أطلقت زوجتك ؟ فقال : قد كان بعض ذلك ، لم يكن إقراراً بالطلاق ، لاحتمال التعليق ، أو الوعد بالطلاق ، أو خصومة تؤول إليه ، ولو فسر بشيء من ذلك ، قبل . وإن كان السؤال عن ثلاث ، ففسر بواحدة قبل ، وإن لم يفسر بشيء ، قال المتولي : إن كان السؤال عن ثلاث ، لزمه الطلاق ، وإن كان عن واحدة ، فلا ، لأنها لا تتبعَّضُ والأصل أن لا طلاق ، وفي كل واحد من الطرفين نظر .

قلت : الصواب أنه لا يقع شيء ، إلا أن يعرف به ، سواء سئل عن ثلاث أو مطلقاً ، للاحتمالات المذكورة مع الأصل . والله أعلم .

فصل : أكل الـزوجان تمـراً ، وخلطا النوى ، فقـال : إن لم تميزي نـوى ما أكلت عن نواي فأنت طالق ، أو اختلطت دراهمها بدراهمه ونحـو ذلك ، فقـال الأصحاب : تخلص من الحنث بأن يفرقها ، بحيث لا يلتقي منها نواتان ، فإن أراد التمييز الذي

(١) قال في الخادم : الراجح أنه كناية وقد رجحه المصنف رحمه الله في تصحيح التنبيه وجـزم به في المهذب فقال : يقع إذا نواه وجزم به الروياني في البحر في الفروع المنثورة إلى آخر ما ذكره .

يحصل به التعيين ، لم يتخلص بذلك . وفي صورة الاطلاق ، احتمال للإمام ، ولو قال : إن لم تعدِّي الجوز الذي في هذا البيت اليوم ، فأنت طالق ، فقال الإمام : في طريق البرِّ ، وجهان . أحدهما : تأخذ من عدد تستيقنه ، وتزيد واحداً حتى تستيقن أنه لا يزيد عليه ، كما لو قال : إن لم تخبريني بعدده ، والثاني : يلزم أن تبتدىء من الواحد ، وتزيد حتى تنتهي إلى الاستيقان ، قال الإمام : واكتفوا على الوجهين بذكر اللسان ، ولم يعتبروا تولي العدِّ فعلاً ، قال : ولست أرى الأمر كذلك .

فرع : في فمها تمرة ، فقال : إن ابتلعتها ، فأنت طالق ، وإن قذفتها ، فأنت طالق ، وإن أمسكتها ، فأنت طالق ، فتخلص من الحنث أن تأكل بعضها ، وتقذف بعضها ، هذا إذا وقع التعليق بالامساك آخراً كما ذكرنا ، ثم اتصل أكل البعض بآخر التعليق ، فلو وجد مكث ، فقد حصل الامساك ، ولو علق بالامساك أولاً ، وأكلت البعض بعد تمام الأيمان ، كان حانثاً في يمين الامساك ، ولو قال : إن أكلتها ، فأنت طالق ، وإن لم تأكليها فأنت طالق فلا خلاص بأكل البعض ، فإن فعلته ، حنث في يمين عدم الأكل ، ولو علق على الأكل ، فابتلعت ، لم يحنث على الأصح ، لأنه يقال : ابتلع ، ولم يأكل ، ذكره المتولي .

فرع : كانت تصعد سُلَّماً ، فقال : إن نزلت ، فأنت طالق ، وإن صعدت ، فأنت طالق ، وإن مكثت ، فأنت طالق ، فيحصل الخلاص بالطفرة إن أمكنتها ، وبأن تحمل فيصعد بها أو تنزل ، وينبغي أن يكون الحمل بغير أمرها ، وتتخلص أيضاً بأن تضجع السُّلَّم على الأرض وهي عليه ، وتقوم من موضعها ، وبأن يكون بجنبه سلم آخر فينتقل إليه ، فإن مضى في نصب سلم آخر زمان ، حنث في يمين الوقوف .

فرع : إن أكلت هذه الرمانة ، أو إن أكلت رمانة ، فأنت طالق ، فأكلتها إلاّ حبة ، لم يحنث ، لأنه وإن كان يقال في العرف : أكل رمانة ، فيقال أيضاً : لم يأكل كل الرمانة ، ولو علق بأكل رغيف ، فأكلته إلا فتاتاً ، قال القاضي حسين : لا يحنث كحبة الرمان . وقال الإمام : إن بقي قطعة تحس ، ويجعل لها موقع ، لم يحنث ، وربما ضبط ذلك بأن يسمى قطعة خبز ، وإن دق مدركه ، لم يظهر له أثر في بر ولا حنث ، قال : وهذا مقطوع به عندي في حكم العرف ، والوجه : تنزيل إطلاق القاضي على هذا التفصيل .

فرع : قال : إن لم تخبريني بعدد حبات هذه الرمانة قبل كسرها ، فأنت طالق ، أو إن لم تخبريني بعدد ما في هذا البيت من الجوز اليوم ، أو إن لم تذكري لي ذلك ، فأنت طالق ، قال الأصحاب : يتخلص بأن تبتدىء من عدد تستيقن أن الحبات أو الجوز لا تنقص عنه ، وتذكر الأعداد بعد متوالية بأن تقول : مائة ، مائة وواحد ، مائة واثنان ، وهكذا إلى أن تنتهي إلى عدد تستيقن أنه لا يزيد عليه ، فتكون مخبرة عن ذلك العدد وذاكرة له ، وهذا إذا لم تقصد التعيين والتعريف ، وإلا فلا يحصل كما سبق .

وفي معنى هذه الصورة ، ما إذا أكل تمراً ، وقال : إن لم تخبريني بعدد ما أكلت ، فأنت طالق .

وما إذا اتهمها بسرقة ، وقال : إن لم تصدقيني أسرقت أم لا ، فأنت طالق ، فتقول : سرقت وما سرقت .

فرع : وقع حجر من سطح ، فقال : إن لم تخبريني الساعة من رماه ، فأنت طالق ، ففي فتاوى القاضي حسين ، أنها إن قالت : رماه مخلوق ، لم تطلق ، وإن قالت : رماه آدمي ، طلقت ، لجواز أن يكون رماه كلب أو الريح ، لأنه وجد سبب الحنث ، وشككنا في المانع ، وشبهه بما إذا قال : أنت طالق إلا أن يشاء زيد اليوم ، فمضى اليوم ولم يعرف مشيئته ، فإنه يقع الطلاق على خلاف فيه سبق .

فرع : قال لثلاث نسوة : من لم تخبرني منكن بعدد ركعات الصلاة المفروضة ، فهي طالق ، فقالت واحدة : سبع عشرة ، وقالت أخرى : خمس عشرة ، وثالثة : إحدى عشرة ، لم تطلق واحدة منهن ، فالأول معروف ، والثاني يوم الجمعة ، والثالث في السفر ، قاله القاضي والمتولي[1] .

---

(١) قال في الخادم : عبر في المحرر بقوله قيل لم يقع وهو يقتضي خلافاً ، وقال الشيخ النووي في الدقائق لا خلاف في المسألة ، وقول المحرر قيل لا يقع بوهم خلافاً ولا خلاف ، لكن عادته مثل هذه العبارة فيما لم يشتهر في الكتب ، وهذه انفرد بها القاضي والمتولي ، قال ـ أعني صاحب الخادم ، وما ذكره من نفي الخلاف مردود ففي البحر أن بعض الأصحاب قال فطلق من عدت خمس عشرة وإحدى عشرة للعادة ، وذكره القاضي الحسين في فتاويه ثم قال وأما ته رد القاضي والمتولي إليها فليس كذلك فقد نقلها القاضي في الفتاوى عن الأصحاب ثم قال وجب أن يقال تطلق التي قالت إحدى عشرة إلى آخر ما ذكره .

فرع : قال : كل كلمة كلمتيني بها إن لم أقل مثلها ، فأنت طالق ، فقالت المرأة : أنت طالق ثلاثاً ، فطريقة أن يقول : أنت تقولين : أنت طالق ثلاثاً ، أو تقول : أنت طالق ثلاثاً من وثاق ، أو أنت طالق إن شاء الله ، ولو قالت له : إذا قلت لك : طلقني ما تقول ؟ فقال : أقول : طلقتك ، لا يقع الطلاق ، لأنه إخبار عما يفعل في المستقبل .

فرع : في يدها كوز ماءٍ ، فقال : إن قبلتِ هذا الماء ، فأنت طالق ، وإن تركتيه ، فأنت طالق ، وإن شربتيه أنت أو غيرك ، فأنت طالق ، فخلاصها بأن تضع فيه خرقة فتبلّها به .

فرع : قال لها وهي في ماءٍ جارٍ : إن خرجت منه فأنت طالق ، وإن مكثت فيه فأنت طالق . قال الأصحاب : لا تطلق خرجت أم مكثت ، لأن ذلك الماء فارقها بجريانه ، وفيه وفي نظائره احتمال للإمام بسبب العرف ، وإن كان الماء راكداً ، فالطريق أن يحملها إنسان في الحال .

فرع : لا بد من النظر في مثل هذه التعليقات إلى وضع اللسان ، وإلى ما يسبق إلى الفهم في العرف الغالب ، فإن تطابق العرف والوضع ، فذاك ، وإن اختلفا ، فكلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع ، والإمام والغزالي يريان اتباع العرف ، وقد سبق في هذه الفروع أمثلة هذا .

فصل في مسائل تجري في مخاصمة الزوجين ومشاتمتهما : وأغلب ما تقع إذا واجهت زوجها بمكروه ، فيقول على سبيل المكافأة : إن كنت كذلك فأنت طالق ، يريد أن يغيظها بالطلاق كما غاظته بالشتم ، فكأنه يقول : تزعمين أني كذا فأنت طالق ، فإذا قالت له : يا خسيس فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ، نظر ، إن أراد المكافأة كما ذكرنا ، طلقت ، سواء كان خسيساً أو لم يكن ، وإن قصد التعليق ، لم تطلق إلا بوجود الخسة . قال أبو الحسن العبادي : الخسيس : من باع دينه بدنياه ، وأخس الأخساء ، من باع آخرته بدنيا غيره ، ويشبه أن يقال : الخسيس : من يتعاطى في العرف ما لا يليق بحاله لشدة بخله ، فإن شك في وجود الصفة ـ ويتصور ذلك كثيراً في مسائل الشتم والايذاء ـ فالأصل أن لا طلاق ، وإن أطلق اللفظ ولم يقصد المكافأة ، ولا حقيقة اللفظ ، فهو للتعليق . فإن عم العرف بالمكافأة ،

كان على الخلاف السابق في أنه يراعي الوضع أو العرف ، والأصح وبه قطع المتولي مراعاة اللفظ ، فإن العرف لا يكاد ينضبط في مثل هذا ، وأجاب القاضي حسين بمقتضى الوجه الآخر ، ولو قالت : يا سفيه فقال : إن كنت كذلك ، فأنت طالق ، فإن قصد المكافأة ، طلقت في الحال ، وإن قصد التعليق ، طلقت إن كان سفيهاً ، وإن أطلق ، فعلى الخلاف ويمكن أن يحمل السفه على ما يوجب الحجر ، وعلى هذا نظائر ما يقع به الشتم والايذاء .

وتكلموا في كلمات يدخل بعضها في حد الافحاش ، ففي « التتمة » أن القواد : من يحمل الرجال إلى أهله ويخلِّي بينهم وبين الأهل ، ويشبه أن لا يختص بالأهل ، بل هو الذي يجمع بين الرجال والنساء بالحرام[1] ، وأن القرطبان الذي يعرف من يزني بزوجته ويسكت عليه[2] ، وأن قليل الحمية : من لا يغار على أهله ومحارمه[3]، وأن القلاش: الذواق: وهو من يوهم أنه يشتري الطعام ليذوقه وهو لا يريد الشراء ، وأن الديوث : من لا يمنع الناس الدخول على زوجته . وفي « الرقم » للعبَّادي : أنه الذي يشتري جارية تغني للناس ، وأن البخيل : من لا يؤدي الزكاة ، ولا يقري الضيف فيما قيل ، وأنه لو قيل له : يا زوج القحبة ، فقال : إن كانت زوجتي بهذه الصفة فهي طالق ، فإن قصد التخلص من عارها ، وقع الطلاق ، كما لو قصد المكافأة ، وإلا فهو تعليق ، فينظر : هل هي بالصفة المذكورة أم لا ؟

قلت : القحبة : هي البغيُّ ، وهي كلمة مولَّدة ليست عربية[4] . والله أعلم .

وأنه لو قال لها في الخصومة : ايش تكونين أنت ، فقالت : وايش تكون أنت ، فقال : إن لم أكن منك بسبيل فأنت طالق ، قال القاضي حسين : إن قصد

---

(١) قال في الخادم : لا وجه لتخصيص النساء ، بل الجمع بين الرجال والمرد كذلك ، وكذا بين النساء والنساء المساحقات .

(٢) قال في الخادم : في « المحيط » للحنفية أنه الذي يقحم رجلاً على امرأته ويصيب منه مالاً .

(٣) قال في الخادم : وهذا يسمى القرنان ، قال المطرزي في المقرب : القرنان نعت سوء في الرجل الذي لا غيرة له .

(٤) أنكر في المهمات كونها مولدة .

قال في الخادم وهو عجيب ، فقد ذكر جماعة من اللغويين منهم الصاغاني في العباب وحكاه عن ابن دريد فقال القحبة كلمة مولدة ، قال وقال ابن دريد القحبة الفاسدة الجوف إلى آخر ما ذكره .

التعليق لم تطلق ، لأنها زوجته فهو منها بسبيل ، وإن قصد المغايظة والمكافأة ، طلقت . والمقصود إيقاع الفرقة وقطع ما بينهما ، وأنها لو قالت لزوجها : أنت من أهل النار ، فقال : إن كنت من أهل النار فأنت طالق ، لم يحكم بوقوع الطلاق إن كان الزوج مسلماً ، لأنه من أهل الجنة ظاهراً ، وإن كان كافراً طلقت فإن أسلم بعد ذلك ، تبينا أنها لم تطلق . ولو قالت : يا سفلة ، فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ، قال إسماعيل البوشنجي : الأولى أنه الذي يتعاطى الأفعال الدنيئة ويعتادها ، ولا يقع ذلك على من يتفق منه نادراً ، كاسم الكريم ، والسيد في نقيضه . ولا يخفى أن النظر في تحقيق هذه الأوصاف ، إنما يحتاج إليه عند حمل اللفظ على التعليق ، فأما إذا حمل على المكافأة ، فيقع الطلاق في الحال .

فرع : الكوسج : من قل شعر وجهه مع انحسار الشعر عن عارضيه ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه الذي عدد أسنانه ثمانية وعشرون .

فرع : قال أبو العباس الروياني : الغوغاء : من يخالط المفسدين والمنحرفين ، ويخاصم الناس بلا حاجة . قال : والأحمق : من نقصت مرتبة أموره وأحواله عن مراتب أمثاله نقصاً بيناً بلا مرض ولا سبب .

قلت : قال صاحب « المهذب » و « التهذيب » في باب كفارة الظهار : الأحمق : من يفعل الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه . وفي « التتمة » و « البيان » : أنه من يعمل ما يضره مع علمه بقبحه . وفي « الحاوي » : أنه من يضع كلامه في غير موضعه ، فيأتي بالحسن في موضع القبيح ، وعكسه .

قال أبو العباس ثعلب : الأحمق : من لا ينتفع بعقله . والله أعلم .

فرع : قالت : يا جهودروي فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ، وقصد التعليق ، قال الإمام . وقعت المسألة في الفتاوى ، وأكثروا في التعبير عن هذه الصفة ، فقيل : هي صفرة الوجه ، وقيل : الذلة والخساسة ، وكان جوابنا فيه أن المسلم لا يكون بهذه الصفة ، فلا يقع الطلاق . قال في « الوسيط » : وفيه نظر .

فرع : لو تخاصم الزوجان ، فقال أبوها للزوج : لم تحرك لحيتك فقد رأيت مثلها كثيرا ، فقال : إن [illegible] ، أنت مثل هذه اللحية كثيراً ، فابنتك طالق ، فهذه كناية عن

الرجولية والفتوة ونحوهما فإن حمل اللفظ على المكافأة ، طلقت ، وإلا فلا لكثرة الأمثال .

فرع : قال المتولي : لو نسب إلى فعل سيىء كالزنا واللواط ، فقال : من فعل مثل هذا فامرأته طالق ، وكان ذلك فعله ، لم يقع طلاقه ، لأنه لم يوقع طلاقاً ، وإنما غرضه ذم من يفعله ، ولو قال لزوجته : سرقت أو زنيت ، فقالت : لم أفعل ، فقال : إن كنت سرقت أو زنيت فأنت طالق ، حكم بوقوع الطلاق في الحال بإقراره السابق .

فصل : قال : إن خالفت أمري ، فأنت طالق ، ثم قال : لا تكلمي زيداً ، فكلمته ، قالوا : لا تطلق لأنها خالفت النهي دون الأمر . ولو قال : إن خالفت نهيي فأنت طالق ، ثم قال : قومي ، فقعدت ، وقع ، لأن الأمر بالشيء نهي عن أضداده وهذا فاسد ، إذ ليس الأمر بالشيء نهياً عن ضده فيما يختاره . وإن كان ، فاليمين لا ينبني عليه ، بل على اللغة أو العرف ، لكن في المسألة الأولى نظر بسبب العرف[1] .

---

(١) قال في الخادم : هكذا ثبتت هذه المسألة في النسخ الصحيحة من الرافعي وسقطت من بعضها وظن في المهمات أن النووي زادها من عنده ، وليس كذلك فها هي عادته في الزائد وإنما نقلها من أصل موجود فيه ذلك ، واعلم أن هذا يعني لفظ الرافعي هو لفظ الوسيط حرفاً بحرف وهو عجيب لا نظير له في الرافعي أن يحكي مسألتين بلفظ المصنف من غير أن يعزو اللفظ إليه ولقد تبعه حتى في رفع خبر ليس من قوله ليس الأمر بالشيء نهي عن ضده وسيأتي بقية كلامه ، والشيخ المصنف تبع الرافعي أيضاً في رفع خبر ليس وهو منصوب ولم يظهر لأي معنى فعل ذلك ، ثم قال في الخادم : ولا شك أن الرافعي استشكل المسألة فبلغها من الوسيط رحل به كلام الوجيز وكلامه في الشرح الصغير أوضح من ذلك ولم يذكر ابن الرفعة في المطلب فيها غير قدر يسير كما سنذكره وأنا اذكر الله تعالى بالوقف عليه فأقول :

الفرع الأول : أول من ذكره فيما علمت ابن سريج فقال في كتاب الودائع ومنه نقلته إذا قال لها متى أمرتك بأمر تخالفيني فيه فأنت طالق ثلاثاً لا مكلمي أباك ولا أخاك ولا مكلمتهما ، فالجواب لا تطلق لأن الذي عقد عليه اليمين هو أمر ، والذي كان منه هو نهي . انتهى .

وجرى على هذا الحكم والتعليل الأصحاب على اختلاف طبقاتهم ، فمنهم الماوردي في الحاوي والقاضي أبو الطيب في تعليقه وزاد لأنها ما خالفت أمره وإنما خالفت نهيه والنهي ليس بأمر في الحقيقة ، وتبعه ابن الصباغ فى الشامل وكذلك الإمام في النهاية والغزالي وصاحب البيان وصاحب التتمة وصاحب الكافي والروياني في البحر وعزاه لابن سريج ، وحكى عن والده فيه احتمالا كما سنذكره وذكره أيضاً صاحب الذخائر ، إلى أن قال واتفق الكل على التعليل بانها خالفت نهيه لا أمره إلا صاحب التتمة فإنه أشار إلى مباحثه يخرج قيداً وهو أن من زعم أن النهي أمر لا بد أن يمنع كونها لم تخالف =

فصل : قال : أنت طالق إلى حين أو زمان ، أو بعد حين ، طلقت بمضي لحظة ؟ ولو قال : إذا مضى حقب أو عصر فأنت طالق ، قال الأصحاب : يقع بمضي لحظة ، وهو بعيد لا وجه له[1] .

فصل : لو علق الطلاق بالضرب ، طلقت إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكز أو اللكز ، ولا يشترط أن لا يكون حائل ، ويشترط الايلام على الأصح[2] ، وقيل : لا يشترط ، بل تكفي الصدمة ، وإلى هذا مال الإمام ، وقال : الايلام وحده لا يكفي ، فإنه لو وضع عليه حجراً ثقيلاً ، فانصدم تحته ، لم يكن ضرباً وإن آلم . قال : والصدم وحده لا يكفي ، فإنه لو ضربه بأنملة ، لا يقال : ضربه ، وكان المعتبر في إطلاق اسم الضرب الصدم بما يؤلم ، أو يتوقع منه إيلام . واتفق الأصحاب ، على أنه لا يقع الطلاق إذا كان المضروب ميتاً ، وشذ الروياني فحكى فيه خلافاً ، والعض وقطع الشعر لا يسمى ضرباً ، فلا يقع به الطلاق ، وتوقف المزني في العض .

فصل : علق بالمس ، طلقت بمس شيء من بدنه حياً أو ميتاً بلا حائل ، ولا يقع

= أمره . ثم ليس بلازم أن نقول بالوقوع لأن مبنى الايمان على ما يفهم عرفاً وقد يدعي مدع أنه لا يفهم في العرف من هذا مخالفة الأمر وأن العرف في ذلك مضطرب فيرجع إلى الاسم اللغوي وليس النهي أمراً في اللغة ولا الأمر نهياً ، وإنما قال من قال : الأمر نهي والنهي أمر عن ضده من بحث عن معاني الأمر والنهي لا عن الحروف والأصوات ، ثم أطال في ذلك إطالة كثيرة فليطلب منه .

(١) عبارة الرافعي وقال الإمام وصاحب الكتاب هذا مشكل لأن اسم الدهر والعصر والحقب لا يقع إلا على الزمان الطويل ، ثم ساق كلام الإمام في العصر وأنه رأى أنه الذي يحوي أمماً فإذا انقرضوا انقرض العصر ، ومن قول الناس انقرض عصر الصحابة ومن قول الأصوليين هل يشترط في انعقاد الاجماع انقراض العصر وهذا بين في معنى العصر إلى أن قال الإمام : وليس ينقدح في الذهن يعني إدا أطلق وقرن بالمعنى إلا الحمل على العصر ولست واثقاً بهذا .
قال الرافعي : لكن استبعاد وقوع الطلاق بمعنى الزمان اللطيف والتعليق بالعصر والدهر والحقب حق ويؤيده أن أهل اللغة أوردوا أن الحقب بسكون القاف ثمانون سنة وربما زادوا على الثمانين والحقب بضمتين الدهر والحقبة بكسر الحاء واحدة الحقب ، ثم حكى مذاهب الناس ثم قال : ذكرنا أن أهل اللغة فسروا الحقب بسكون القاف بثمانين سنة ، وليس في كتب الفقه ما يخالفه وهذا يوجد في بعض النسخ .

(٢) هذا موافق لبعض نسخ الرافعي وفي نسخة صحيحة ما نصه الأشهر أنه يعتبر أن يكون فيه الايلام ، ومنهم من لم يشرطه واكتفى بالصدمة وإليه مال الأكثرون وبهذه النسخة يندفع التناقض فإنه قال في كتاب الايمان إنه لا يشترط الايلام على الأصح .

بمس الظفر والشعر . قال الإمام : الوجه القطع بهذا وإن أثبتنا خلافاً في نقض الوضوء به ، والأشبه مجيء الخلاف .

فصل : علق بقدوم زيد ، طلقت إذا قدم راكباً أو ماشياً ، وإن قدم به ميتاً لم تطلق ، وإن حمل وقدم به حياً ، إن كان باختياره ، طلقت ، وإلا فلا على المذهب .

فصل : علّق بقذف زيد ، طلقت بقذفه حياً أو ميتاً ، فلو قال : إن قذفت فلاناً في المسجد فأنت طالق ، فالمعتبر كون القاذف في المسجد . ولو قال : إن قتلته في المسجد ، اشترط كون المقتول في المسجد ، والفرق أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع مما يهتك حرمة المسجد ، وهتك الحرمة إنما تحصل إذا كان القاذف والمقتول فيه دون عكسه . فإن قال : أردت العكس ، قبل منه في الظاهر على الأصح . ولو قال : إن قذفت أو قتلت فلاناً في الدار ، سئل عما أراد .

فصل : قال : إن رأيت زيداً فأنت طالق ، فرأته حياً أو ميتاً أو نائماً ، طلقت وإن كان الرائي أو المرئي مجنوناً أو سكران ، ثم يكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل ، وقيل : يعتبر الوجه . ولو كان كله مستوراً بثوب ، أو رأته في المنام لم تطلق ، ولو رأته وهو في ماء صاف لا يمنع الرؤية أو من وراء زجاج شفاف ، طلقت على الصحيح . ولو نظرت في المرآة أو في الماء فرأت صورته ، لم تطلق ، وفيه احتمال ضعيف للإمام[1] . ولو قال للعمياء : إن رأيت زيداً فأنت طالق ، قال الإمام : الصحيح أن الطلاق معلق بمستحيل ، فلا يقع ، وفي وجه : يحمل على اجتماعهما في مجلس ، لأن الأعمى يقول : رأيت اليوم زيداً ، ويريد الحضور عنده .

فرع : علق برؤيته أو رؤيتها الهلال ، فهو محمول على العلم ، فرؤية غير المعلق برؤيته [كرؤيته][2] وتمام العدد كرؤيته ، فيقع الطلاق به وإن لم ير الهلال .

ولو قال : أردت بالرؤية المعاينة ، دُيِّن ويقبل أيضاً ظاهراً على الأصح . ولو

(١) قال في الخادم : والظاهر أن مراده برؤيته في الماء خياله لا ذاته وهي غير المسألة التي فوضها الإمام الرافعي ، ولعل الناقل عن القاضي فهم كلامه على إرادة الذات لا الخيال والرافعي نقل عن القاضي أنه لا يقع الطلاق في الرؤية في الماء الصافي فحسن الاعتذار عنه مما ذكره الخادم .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

كان المعلق برؤيته أعمى ، لم يقبل التفسير بالمعاينة في الظاهر على الأصح . وحكى الحناطي فيما إذا أطلق ولم ينو شيئاً قولين في وقوع الطلاق برؤية الغير ، هذا كله فيمن علق برؤية الهلال باللغة العربية ، فلو علق بالعجمية ، فعن القفال : أنه يحمل على المعاينة ، سواء فيه البصير والأعمى ، وادعى أن العرف الشرعي في حمل الرؤية على العلم ، لم يثبت إلا في العربية ، ومنع الإمام الفرق بين اللغتين . وفي « التهذيب » وجه : أنه يحمل في حق الأعمى على العلم . وإذا أطلق التعليق برؤية الهلال ، حمل على أول شهر يستقبله ، حتى لو لم ير في الشهر الأول ، انحلت اليمين ، قاله البغوي ، وهو محمول على ما إذا صرح بالمعاينة أو فسر بها وقبلناه . قال البغوي : والرؤية في الليلة الثانية والثالثة ، كهي في الأولى ، ولا أثر لها بعد الثلاث ، لأنه لا يسمى هلالاً بعد ثلاث . وفي « المهذب » : أنه لو لم يره حتى صار قمراً ، لم تطلق ، وحكى خلافاً فيما يصير به قمراً ، هل هو باستدارته ، أم بأن يبهر ضوءه ؟

قلت : هذا المنقول عن « المهذب » ، مذكور في « الحاوي » ، وفيما تفرع عنه ، والمختار ما ذكره البغوي . والله أعلم .

والمعتبر الرؤية بعد غروب الشمس ، ولا أثر للرؤية قبله .

فصل : قال : إن كلمت زيداً فأنت طالق ، فكلمته وهو سكران أو مجنون طلقت ، قال ابن الصباغ : يشترط أن يكون السكران بحيث يسمع ويكلم ، وإن كلمته وهو نائم أو مغمى عليه ، أو هذت بكلامه في نومها وإغمائها لم تطلق . ولو كلمته وهي مجنونة ، قال ابن الصباغ : لا تطلق . وعن القاضي حسين ، أنها تطلق . والظاهر تخريجه على حنث الناسي وأما كلامها في سكرها ، فتطلق به على الأصح ، إلا إذا انتهت إلى السكران الطافح . ولو خفضت صوتها بحيث لا يسمع وهو الهمس ، لم تطلق وإن وقع في سمعه شيء وفهم المقصود اتفاقاً ، لأنه لا يقال : كلمته ، ولو نادته من مسافة بعيدة لا يسمع منها الصوت ، لم تطلق ، ولو حملت الريح كلامها ووقع في سمعه ، فقد أشار الإمام إلى تردد فيه ، والمذهب أنها لا تطلق . وإن كانت المسافة بحيث يسمع فيها الصوت ، فلم يسمع لذهول أو شغل طلقت ، فإن لم يسمع لعارض لغط أو ريح ، أو لصمم به ، فوجهان ، أحدهما : تطلق ، وبه أجاب

الروياني ، وكذا الإمام والغزالي في صورة اللغط ، وأصحهما عند البغوي : لا طلاق حتى يرتفع الصوت بقدر ما يسمع في مثل تلك المسافة مع ذلك العارض ، فحينئذ يقع وإن لم يسمع ، ورأى الإمام القطع بالوقوع إذا كان اللغط بحيث لو فرض معه الاصغاء لأمكن السماع ، وكذا في تكليم الأصم إذا كان وجهه إليه وعلم أنه يكلمه[1] ، وقطع الحناطي بعدم الوقوع إذا كان الصم بحيث يمنع السماع ، وحكى قولين فيما إذا قال : إن كلمت نائماً أو غائباً عن البلد ، هل يقع الطلاق في الحال بناء على الخلاف في التعليق بالمستحيل . ويحتمل أن يقال : لا تطلق حتى تخاطبه مخاطبة المكلِّمين ، وبنحو منه أجاب القاضي أبو الطيب فيما إذا قال : إن كلمت ميتاً أو حماراً .

فصل : إذا علق الطلاق بفعل شيء ، ففعله وهو مكروه ، أو ناسٍ للتعليق ، أو جاهلٌ به ، ففي وقوع الطلاق قولان ، وذكر صاحب « المهذب » والروياني وغيرهما ، أن الأظهر في الأيمان ، أنه لا يحنث الناسي والمكره ، ويشبه أن يكون الطلاق مثله . وقطع القفال بأنه يقع الطلاق . ولا يخرج على القولين في الأيمان ، لأن التعويل في الأيمان على تعظيم اسم الله تعالى ، والحنث هتك حرمة ، والناسي والمكروه غير منتهك ، والطلاق تعليق بصفة ، وقد وجدت ، والمذهب الأول ، وعليه الجمهور .

قلت : قد رجح الرافعي في كتابه « المحرر » أيضاً ، عدم الحنث في الطلاق واليمين جميعاً ، وهو المختار للحديث الحسن « رفع عن أُمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ، والمختار ، أنه عام فيعمل بعمومه ، إلا فيما دل دليل على تخصيصه ، كغرامة المتلفات . والله أعلم .

ولو علق بفعل الزوجة ، أو أجنبي ، فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ، ولم يقصد الزوج إعلامه ، أو كان ممن لا يبالي بتعليقه ، بأن علق بقدوم الحجيج أو السلطان ، طلقت بفعله في حالتي النسيان والاكراه على المذهب ،

---

(١) ما صححه البغوي صححه الشيخ في تصحيح التنبيه ، لكن صحح الرافعي في الشرح الصغير خلافه واقتصر عليه الشيخ في أصل الروضة في باب صلاة الجمعة وصححه جماعة من الأئمة ونقله في التتمة عن النص فظهر أن ما جرى عليه الشيخ في باب الجمعة أنه المذهب .

وقيل : إن فعله مكرهاً ، ففيه القولان[1] ، فكأنه لا فعل له ، وإن كان المعلق بفعله عالماً بالتعليق ، وهو ممن يبالي بتعليقه ، وقصد المعلق بالتعليق منعه ، ففعله ناسياً أو مكرهاً أو جاهلاً ، ففيه القولان . ولو قصد منعها من المخالفة فنسيت ، قال الغزالي : لا تطلق قطعاً لعدم المخالفة ، ويشبه أن يراعى معنى التعليق ويطرد الخلاف .

قلت : الصحيح قول الغزالي ، ويقرب منه عكسه ، وهو أنه لو حلف لا يدخل عمداً ولا ناسياً ، فدخل ناسياً ، فنقل القاضي حسين : أنه يحنث بلا خلاف . والله أعلم .

ولو علق بدخول طفل أو بهيمة أو سنور ، فدخل ، طلقت ، قال الحناطي : ويحتمل المنع ، وإن حصل دخولهم كرهاً ، لم تطلق ، قال : ويحتمل الوقوع ، إذ لا قصد لهم ، فلا أثر لإكراههم .

قلت : ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل منثورة كثيرة جداً ، متعلقة بتعليق الطلاق وغيره ، فقدمت منها جملاً وفرقتها على مواضع تليق بها مما سبق ،

---

(١) قال في الخادم : يشترط لعدم الوقوع ثلاثة أشياء : المبالاة والعلم بالتعليق والحث والمنع ، وحينئذ فبينهم الحنث فيما إذا كان يبالي ولم يعلم وهي مسألة مهمة يكثر وقوعها في الفتاوى أن يعلق الطلاق بفعل غيره فيفعله قبل العلم بيمين الحالف ، ومقتضى كلام المنهاج أنه يقع قطعاً ، وبه صرح في البسيط ، لكن الجمهور أنه على القولين منهم الشيخ أبو حامد في التعليق والمحاملي في المقنع وسليم والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والجرجاني وصاحب المهذب وغيرهم ، وذكره من المراوزة القاضي الحسين والبغوي وغيرهما وكلامهم محمول على ما إذا قصد الحث أو المنع والوقوع مشكل لا يجتمع مع قولهم بعدمه على العالم بالتعليق حال الاكراه فإنه كيف يقع بفعل الجاهل قطعاً ولا يقع بفعل الناسي على الأظهر مع أن الجاهل أولى بالعدم من الناسي ، وقد تناظر الشيخ علاء الدين الباجي والشيخ زين الدين الكتناني في درس ابن بنت الأعز وصمم ابن الكتناني على ما اقتضته عبارة المنهاج والباجي على ما يقابله ، والصواب حمل كلام المنهاج على ما إذا قصد الزوج مجرد التعليق ولم يقصد إعلامه ليمتنع ، وحينئذ يقع الطلاق في حالتي الجهل والنسيان قطعاً وفي الاكراه الطريقان ، فمن لا يبالي وإلى ذلك يرشد قول الرافعي والروضة ، فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ولم يقصد الزوج إعلامه فقوله ولم يقصد إعلامه يشير إلى ذلك . والحاصل أن محل القطع بالوقوع إذا لم يقصد الاعلام والحنث أو المنع ولا يطرقه الخلاف في حالتي الجهل والنسيان ، وهذا ما اقتضاه نقل الرافعي هنا عن ابن الصباغ والإمام ، وأما إذا قصد فإن الخلاف بطرقه سواء كان جاهلاً أنه علم ثم نسي كما صرح به العراقيون وغيرهم كما سبق ، ومعظم ما ذكره أو كله اخذه من كلام الأذرعي .

وأذكر هنا باقيها إن شاء الله تعالى . والله أعلم .

قال لأربع نسوة : إن لم أطأ واحدة منكن اليوم ، فصواحبها طوالق ، فإن وطىء واحدة منهن ذلك اليوم ، انحلت اليمين ، وإن لم يطأ واحدة ، طلقت كل واحدة طلقة . وإن قال : أيتكن لم أطأها اليوم ، فإن الأخريات طوالق ، فمضى اليوم ، ولم يطأ واحدة ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن وطىء واحدة فقط ، طلقت هي ثلاثاً ، لأن لها ثلاث صواحب لم يطأهن ، وطلقت الباقيات طلقتين طلقتين ، لأن لها صاحبتين لم يطأهما ، ولو وطىء امرأتين ، طلقتا طلقتين ، وطلقت الأخريان طلقة طلقة . ولو وطىء ثلاثاً طلقن طلقة طلقة ، ولم تطلق الرابعة ، لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة . ولو قال : أيتكن لم أطأها فالأخريات طوالق ، ولم يقيد بوقت ، فجميع العمر وقت له ، فإن مات أو متن قبل الوطء ، طلقت كل واحدة ثلاثاً قبيل الموت ، وإن ماتت واحدة والزوج حي ، لم يحكم بطلاق الميتة ، لأنه قد يطأ الباقيات ويطلق الباقيات طلقة طلقة . فلو ماتت ثانية قبل الوطء ، تبينا وقوع طلقة على الأولى قبيل موتها ، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة . فإن ماتت الثالثة قبل الوطء ، تبينا وقوع طلقتين على الأوليين قبيل موتهما ، وطلقت الباقية طلقة ثالثة ، فإن ماتت الرابعة قبل الوطء ، تبينا وقوع الثلاث على الجميع .

فصل : قال : إن سرقت مني شيئاً فأنت طالق ، فدفع إليها كيساً ، فأخذت منه شيئاً ، لا تطلق ، لأنه خيانة لا سرقة .

فرع : قال : إن كلمتك فأنت طالق ، ثم أعاد مرة أخرى ، طلقت . وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي ، طلقت بقوله : فاعلمي . وقيل : إن وصله بالكلام الأول ، لم تطلق ، لأنه تتمته . وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالتعليق الثاني تكليم ، فتطلق . ولو قال : إن بدأتك بالكلام فأنت طالق ، فقالت : إن بدأتك بالكلام فعبدي حر ، ثم كلمها ، ثم كلمته ، فلا طلاق ، ولا عتق .

ولو قال لرجل : إن بدأتك بالسلام فعبدي حر ، فقال الآخر : إن بدأتك بالسلام فعبدي حر ، فسلم كل منهما على الآخر دفعة واحدة ، لم يعتق عبد واحد منهما لعدم ابتداء كل واحد منهما على الآخر ، وتنحل اليمين ، فإذا سلم أحدهما

على الآخر بعد ذلك ، لم يعتق واحد من عبديهما ، ذكره الإمام .

فرع : قال المدين لصاحب الدين : إن أخذت ما لك عليَّ ، فامرأتي طالق ، فأخذه مختاراً ، طلقت امرأة المدين ، سواء كان مختاراً في الاعطاء أو مكرهاً ، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله ، أو استلبه صاحب الدين . قال البغوي : وكذا لو أخذه السلطان ودفعه إليه .

وفي كتب العراقيين أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه ، لأنه إذا أخذه السلطان برئت ذمة المدين ، وصار المأخوذ حقاً لصاحب الدين ، ولا يبقى له حق عليه ، فلا يصير بأخذه من السلطان آخذاً حقه من المدين ، ولو قضى عنه أجنبي .

قال الداركي : لا تطلق ، لأنه بدل حقه لاحقه بنفسه . ولو قال : إن أخذت حقك مني ، لم تطلق بإعطاء وكيله ، ولا بإعطاء السلطان من ماله . فإن أكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه ، فعلى القولين في المكره . ولو قال : إن أعطيتك حقك ، فأعطاه باختياره ، طلقت ، سواء كان الآخذ مختاراً في الأخذ أم لا ، ولا تطلق بإعطاء الوكيل والسلطان .

فرع : قال : أنت طالق مريضةً ، بالنصب ، لم تطلق إلا في حال المرض . ولو قال : أنت طالق مريضة ، بالرفع ، فقيل : تطلق في الحال . وقوله : مريضة ، صفة ، واختيار ابن الصباغ الحمل على اشتراط المرض حملاً على الحال ، وإن كان لحناً في الاعراب[1] .

---

(١) ليس بلحن لأن الحال يجيء جملة اسمية قد حذف صدرها والتقدير أنت طالق وأنت مريضة وهذا في الحذف كثير في كلامهم ، فالصواب الحمل على الحال مع الرفع ولا يكون لحناً في الاعراب ، ثم قال : إذا قلنا بالفرق بين الرفع والنصب .

فقال الماوردي : هذا فيمن يعرف العربية ، فأما من لا يعرفها ولا يفرق بين الرفع والنصب ففيه وجهان :

أحدهما : أن الحكم كذلك لأن الحكم معلق باللفظ فلا فرق بين أن يعرفه أو يجهله كصريح الطلاق وكنايته .

والثاني : أن الرفع والنصب متساويان في وقوع الطلاق لأن الاعراب دليل على المقاصد والأغراض ، فإذا جهلت عدمت وبقي منفرداً ، قال : وسكت عن حالة ثالثة وهي إن توقف بالسكون فلا يرفع =

فرع : قال لامرأتيه : إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان ، فدخلت كل واحدة إحدى الدارين ، فهل تطلقان ، أم لا تطلقان ؟ وجهان وإن قال : إن أكلتما هذين الرغيفين [فأكلت][1] كل واحدة منهما رغيفاً ، تطلقان ، لأنهما أكلتاهما ، ولا يمكن أكل واحدة من الرغيفين ، بخلاف دخول الدارين .

قلت : الأصح في مسألة الدارين عدم الطلاق ، صححه صاحب « المهذب » وغيره ، والمذهب في الرغيفين الوقوع ، وطرد صاحب « المهذب » فيه الوجهين . والله أعلم .

فرع : لو قالت لزوجها : أنت تملك أكثر من مائة ، فقال : إن كنت أملك أكثر من مائة فأنت طالق ، وكان يملك خمسين ، فإن قال : أردت : لا أملك زيادة على مائة ، لم تطلق ، وإن قال : أردت أني أملك مائة بلا زيادة ، طلقت ، وإن أطلق ، فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان[2] .

قلت : الصحيح لا تطلق . والله أعلم .

وإن قال : إن كنت أملك إلا مائة ، وكان يملك خمسين ، فقد قيل : تطلق

= ولا ينصب ، وقد تعرض له الماوردي فقال : يسأل عن مراده ، فإن أراد أحدهما حمل عليه ، وإلا حمل على الخبر دون الشرط ويقع الطلاق لأن الشرط لا يثبت إلا بالقصد ، وذكر الرافعي قبيل الطرف الثالث في التعليق بالحمل أنه إذا قال إن دخلت الدار فطالقاً واقتصر عليه . قال البغوي إن قال نصبته على الحال ولم أتم الكلام قبل سنة ولم يقع شيء ، وإن أراد ما يراد عند الرفع ولحن وقع الطلاق إذا دخلت .

(١) في « ط » وأكلت .

(٢) قال المصنف من زيادته : الصحيح لا تطلق .

قال في الخادم : جعل القاضي أبو الطيب صورة المسألة فيما إذا كان وقت اليمين يعلم أن معه أقل من مائة . قال : فأما إذا حلف ولم يكن عالماً بما معه فيكون فيه قولاً حنث الجاهل ، ويقترب من هذا الفرع ما حكاه العبادي في طبقاته عن الربيع أن رجلاً سأل الشافعي رضي الله عنه عن من حلف فقال إن كان في كفي أكثر من ثلاثة دراهم ، فعبدي حر ، وكان في يده أربعة لا يعتق لأن ما زاد في كفه على ثلاثة إنما هو درهم واحد . انتهى .

ولم أر من تكلم على توجيه هذا الفرع غير القرافي من المالكية في كتابه الاستغناء وقال إنه في غاية الغموض والمدرك فيه أن مقتضى لفظ الحالف إن كان في يدي دراهم أكثر من ثلاثة دراهم مضافة للدراهم التي في يدي والأكثر من ثلاثة دراهم هي أربعة فأكثر ، فإذا أضيف أربعة لثلاثة في يده وكانت =

على الوجهين[١] .

فرع : قال : إن خرجت إلا بإذني ، فأنت طالق ، فالمسألة تأتي بفروعها في «كتاب الايمان» إن شاء الله تعالى . وإن قال : إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق ، فخرجت إلى الحمام ، ثم قضت حاجة أخرى ، لم تطلق ، وإن خرجت لحاجة أخرى ، ثم عدلت إلى الحمام ، طلقت ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره ، ففي وقوع الطلاق وجهان .

قلت : الأصح الوقوع ، وممن صححه الشاشي . والله أعلم .

فرع : خرجت إلى دار أبيها ، فقال : إن رددتها إلى داري أو ردها أحد فهي طالق ، فاكترت بهيمة وعادت إلى داره مع المكاري ، لم تطلق ، لأن المكاري لم يردَّها ، بل صحبها . ولو عادت ثم خرجت فردها الزوج ، لم تطلق ، إذ ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار .

فصل : في فتاوى القفَّال أنه لو قال : المرأة التي تدخل الدار من نسائي طالق ، لم يقع طلاق قبل الدخول . فلو أشار إلى واحدة وقال : هذه التي تدخل الدار طالق ، طلقت في الحال وإن لم تدخل ، وأنه لو ادعت عليه أنه نكحها فأنكر ، فالأصح أنه ليس لها أن تنكح غيره ، ولا يجعل إنكاره طلاقاً ، بخلاف ما لو قال : نكحتها وأنا أجد طول حرة ، يجعل ذلك فرقة بطلقة ، لأن هناك أقر بالنكاح وادعى مفسداً .

= سبعة فلا يحنث بأقل من سبعة أما الستة فلا يحنث بها لأنه حينئذ يكون في كفه دراهم ليست أكثر من ثلاثة أخرى في يده بل مثلها لأن ثلاثة مثل ثلاثة فجعل وصف الكثرة صفة لما زاد على الدراهم التي في يده متى لم توجد هذه الصفة لا يحنث بالأربعة ولا بالخمسة ولا بالستة بل بالسبعة فأكثر ، وفي كلامه حذف أي إن كان في يدي دراهم أكثر من ثلاثة دراهم في يدي فعبدي حر فقولنا في يدي في آخر الكلام لا بد منه في تقدير هذه المسألة ، ثم قال وهو مشكل لأن الأصل عدم الحذف وهو قولنا في يدي وأيضاً فجعله الكثرة صفة لما زاد على دراهم آخر خلاف الظاهر إذ الكثرة صفة لجميع ما في يده وأن معنى الكلام وإن كان جميع ما في يدي أكثر من ثلاثة دراهم فعبدي حر ، فإذا وجد في يده أربعة ، حنث . غير أنه قد فهم من المسائل قرينة دلت على ما أفتاه به ولم يصل إلينا ففي ظاهر اللفظ مشكلاً . انتهى . وهذه المسألة من المشكلات .

(١) لم يفصح المصنف بترجيح .
قال في الخادم : والأفصح طريقة القطع بالوقوع وقال في البحر إنه الأصح لأن الاستثناء هنا من النفي فوجب أن يكون إثباتاً .

وقيل : يتلطف به الحاكم حتى يقول : إن كنت نكحتها فقد طلقتها ، وأنه لو قال : حلال الله عليَّ حرام لا أدخل هذه الدار ، كان ذلك تعليقاً وإن لم يكن فيه أداة تعليق . وأنه لو قال : حلفت بطلاقك أن لا تخرجي ، ثم قال : ما حلفت ، بل قصدت تفريعها ، لا تقبل ظاهراً ويدين ، وأنها لو قالت : اجعل أمر طلاقي بيدي ، فقال : إن خرجت من هذه القرية أجعل أمر طلاقك إليك ، فقالت : أخرج . فقال : جعلت أمرك بيدك ، فقالت : طلقت نفسي ، فإن ادعى أنه أراد بعد خروجها من القرية ، صدق ، وإلا طلقت في الحال ، وأنه لو قال : إن أبرأتني من دينك فأنت طالق ، فأبرأته ، وقع الطلاق بائناً . ولو قال : إن أبرأت فلاناً فأبرأته ، وقع رجعياً . أنه لو قال لأم امرأته : بنتك طالق ، ثم قال : أردت البنت التي ليست زوجتي ، صدق .

وأنه لو قال : إن فعلت ما ليس لله تعالى فيه رضى فأنت طالق ، فتركت صوماً أو صلاة ، ينبغي أن لا تطلق ، لأنه ترك وليس بفعل ، فلو سرقت أو زنت ، طلقت[1] .

فصل : عن الشيخ أبي عاصم العبادي أنه لو قال : أنت طالق ، يا طالق ، لاطلقتك ، وقع طلقتان . وأنه لو قال : إن وطئت أمتي بغير إذنك فأنت طالق ، فاستأذنها ، فقالت : طأها في عينها ، لا يكون إذناً .

وأنه لو كان له أمة وزوجة حرة ، فدعا الأمة إلى فراشه ، فحضرت الحرة ، فوطئها ، فقال : إن لم تكوني أحلى من الحرة فهي طالق وهو يظنها الأمة ، فقال أبو حامد المروزي : تطلق ، لأنها هي الحرة ، فلا تكون أحلى من الحرة ، وحكى أبو العباس الروياني وجهاً أنها لا تطلق لأن عنده أنه يخاطب غيرها ، وهذا أصح ، وبه أفتى الحناطي .

فصل : سئل القاضي حسين عمن حلف بالطلاق ليقرأن عشراً من أول سورة البقرة

---

(١) قال في الخادم . ينبغي بناؤها على أن الترك من قسم الأفعال وفيه خلاف أصولي والراجح نعم لكن مبنى الأيمان لا تبنى على المسالك الأصولية وإنما يتبع فيها العرف وعلى قياس ما قاله فينبغي أن لا يحنث في [illegible] إذا كان الموجود منها [illegible] لأنه أيضاً ترك للدفع وليس بفعل منها . انتهى . وفي هذا التخريج نظر والظاهر خلاف ما قال .

بلا زيادة ، ويقف ، وللقراء اختلاف في رأس العشر ، فقال : ما أدى إليه اجتهاد المفتي أخذ به المستفتي .

وعن امرأة صعدت بالمفتاح السطح ، فقال : إن لم تلقي المفتاح فأنت طالق ، فلم تلقه ونزلت ، قال : لا يقع الطلاق ، ويحمل قوله : إن لم تلقه على التأبيد ، كما قال أصحابنا فيمن دخل عليه صديقه فقال : تغد معي ، فامتنع ، فقال : إن لم تتغد معي فامرأتي طالق ، فلم يفعل ، لا يقع الطلاق ولو تغدى بعد ذلك معه ، وإن طال الزمان ، انحلت اليمين . فإن نوى أن يتغدى معه في الحال ، فامتنع ، وقع الطلاق . ورأى البغوي حمل المطلق على الحال للعادة .

وأنه لو قال : إن لم تبيعي هذه الدجاجات فأنت طالق ، فقتلت واحدة منهن ، طلقت لتعذر البيع ، وإن جرحتها ثم باعتها ، فإن كانت بحيث لو ذبحت لم تحل ، لم يصح البيع ، ووقع الطلاق ، وإلا فتنحل اليمين .

وأنه لو قال : إن قرأت سورة البقرة في صلاة الصبح فأنت طالق ، فقرأها ، ثم فسدت صلاته في الركعة الثانية ، لم تطلق على الصحيح ، لأن الصلاة عبادة واحدة يفسد أولها بفساد آخرها .

وأنه لو قال : مهما قبّلتك فضرتك طالق ، فقبّلها بعد موتها ، لم تطلق الضرة ، ولو قال لوالدته : متى قبلتك فامرأتي طالق ، فقبلها بعد موتها ، طلقت امرأته . والفرق أن قبلة المرأة قبلة بشهوة ، ولا شهوة بعد الموت ، وقبلة الأم قبلة كرامة ، فيستوي فيها الحياة والموت . وأنه لو قال : إن غسلت ثوبي فأنت طالق ، فغسلته أجنبية ، ثم غمسته المحلوف بطلاقها في الماء تنظيفاً له ، لم تطلق لأن العرف في مثل هذا يغلب . والمراد في العرف ، الغسل بالصابون والأشنان ونحوهما ، وإزالة الوسخ وقال غير القاضي : إن أراد الغسل من الوسخ ، لم تطلق ، وإن أراد التنظيف ، فلا ، فإن أطلق قال : لا أجيب فيه[1] .

---

(١) قال في الحادم : وقع في نسح الرافعي وسأل عنه عيره وأفصح به في الروضة وهذا تصحيف وصوابه وسئل عنه عمرو فقال إن نوى الدنس لا يحنث وإن نوى تنظيفاً حنث ، قيل فإن أطلق ، قال : لا أجيب عنه هذا لفظه والحاصل أن الجوابين للقاضي الحسين ووقع لصاحب المهمات تصحيف اخر فظن أن قوله في الآحر فقال : لا حنث فيه فقال الصواب حذف لا وصوابه حنث وهو المذكور في الرافعي قال صاحب الخادم : وهذا تصحيف بل الثابت في الشرح والروضة قال لا أجيب فيه وكذا الموجود في ؛

فصل : في فتاوى البغوي أنه لو طلقها ثلاثاً ثم قال : كنت حرمتها على نفسي قبل الطلاق ، لم يقبل قوله

وأنه لو قال : إن ابتلعت شيئاً فأنت طالق ، فابتلعت ريقها ، طلقت . فإن قال : أردت غير الرِّيق ، صدق في الحكم ، وإن قال : إن ابتلعت الريق ، طلقت بابتلاع ريقها وبريق غيرها . فإن قال : أردت ريقك خاصة ، قبل في الحكم . وإن قال : أردت ريق غيرك ، دين ولم يقبل في الحكم . وأنه لو قال : إن ضربتك فأنت طالق ، فقصد بالضرب غيرها ، فأصابها ، طلقت ، ولم يقبل قوله ، لأن الضرب يقين ويحتمل .

وأنه لو نادى أُمه فقال : إن لم تجبني أُمي فامرأتي طالق ، فإن رفعت الأُم صوتها في الجواب بحيث يسمع في تلك المسافة ، لم تطلق ، وإلا فتطلق ، وأنه لو قال : إن دخلت على فلان داره ، فامرأتي طالق ، فجاء فلان وأخذ بيده وأدخله الدار ، فإن دخلا معاً ، لم تطلق . وإن دخل فلان أولا ، طلقت . وأنه لو حلف [أنه][1] لا يخرج من البلد حتى يقضي دين فلان بالعمل ، فعمل له ببعض دينه وقضى الباقي من موضع آخر ثم خرج ، طلقت . فإن قال : أردت أني لا أخرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه . قبل قوله في الحكم[2] .

فصل : عن أبي العباس الروياني أنه إذا طلق امرأته ، فقيل له . طلقت امرأتك ؟ فقال : طلقة واحدة ، يقبل قوله ، لأن قوله : طلقتها ، صالح للابتداء ، غير متعين للجواب . وأنه لو قال : إن سرقت ذهبا فأنت طالق ، فسرقت ذهبا مغشوشاً ، طلقت على الصحيح[3] وأنه لو قال : إن أجبتني عن خطابي فأنت طالق ، ثم خاطبها ،

نسخ فتاوى القاضي الحسين . واقتصر صاحب الحاوي فيه على الجواب الثاني للقاضي لكنه لم يذكر حنثه بالإطلاق وأطلق القفال في فتاويه جوابه بعدم الطلاق إذا غمسته في الماء . قال لأن هذا القدر لا يسمى غسلا وإنما أتت ببعض الغسل فلا يحنث كما لو قال . والله لا آكل من قدر طبخه فلان ، فلو دخل فلان حطبه تحت القدر وأوقد تحتها ، لم يحنث لأنه لم يحصل كل الطبخ بفعله .

(١) سقط في « ط »

(٢) قال في الخادم : الثابت في النسخ المعتمدة من الفتاوى قبل في الباطن دون الظاهر . . . إلى آخر ما ذكره

(٣) قال في الخادم : فلا ينبغي اعتبار كونه نصابا نظرا لحمله على اللفظ الشرع .

فقرأت آية تتضمن جوابه ، فإن قالت قصدت بقراءتها جوابه ، طلقت . وإن قالت : قصدت القراءة أو لم تبين قصدها ، فلا طلاق[١] . وأنه لو قال : إن لم تستوفي حقك من تركة أبيك تاماً فأنت طالق ، وكان إخوتها قد أتلفوا بعض التركة ، فلا بد من استيفاء حصتها من الباقي وضمان التالف ، ولا يكفي الابراء ، لأن الطلاق معلق بالاستيفاء ، إلا أن الطلاق إنما يقع عند اليأس من الاستيفاء ، وأنه لو أشار إلى ذهب وحلف بالطلاق أنه الذي أخذه من فلان ، وشهد عدلان أنه ليس ذلك الذهب ، طلقت على الصحيح ، لأنها وإن كانت شهادة على النفي ، إلا أنه نفي يحيط العلم به[٢] . وأنه لو حلف بالطلاق أنه لا يفعل كذا ، فشهد عدلان عنده أنه فعله ، وظن صدقهما ، لزمه الأخذ بالطلاق[٣] ، وأنه لو كان له نسوة ففتحت إحداهن باباً ، فقال : من فتحته منكن فهي طالق . فقالت كل واحدة : أنا فتحته ، لم يقبل قولهن لإمكان البينة . فإن اعترف الزوج أنه لا يعرف الفاتحة ، لم يكن له التعيين ، وإنما يرجع إلى تعيينه إذا كان الطلاق مبهماً . وأنه لو حلف بالطلاق أنه بعث فلاناً إلى بيت فلان ، وعلم أن المبعوث لم يمض ، فقيل : يقع الطلاق لأنه لا يقتضي حصوله

---

(١) ما حرم به من عدم الطلاق عند الاطلاق هو الصواب وكلامه في باب الايمان يقتضي خلافه ، قال في الخادم : وسكت عما لو قالت قصدت الأمرين والقياس الوقوع كما في نظائرها في المصلي وقراءة الحنب . انتهى .

وإطلاقه المصلي فيه نظر لأن الفتح على المصلي ليس من المسائل الرباعية كما تقدم التنبيه عليه في موضعه .

(٢) قال الأذرعي : قضية كلامه أن المأخذ الشهادة على النفي المحصور ونفي مأخذ آخر يقتضي عدم الحنث وهو الجهل ، إذ الطاهر أنه حلف معتقداً ذلك ، أي فيأتي فيه الخلاف في الحاهل .

(٣) قال في القوت : فيه نظر لأنه أمر راحع إلى علمه فلا يلزمه العمل بإخبار غيره كالقاضي يشهدون عنده أنه حكم بكذا أو يخبر المصلي بفعل أو ترك ونحو ذلك وسبق تفصيل عن الكافي في الاستثناء يقتضي أنه يرجع إلى علمه إذا لم يكن به غضب وخرج وبتقدير الحري على ما قاله الروياني ، فقد يقال يكفي إحبار عدل يغلب على الظن صدقه ، لكن لا يلزم من صدور الفعل منه كونه فعله داكراً لليمين أو عالماً بأنه المحلوف عليه بل عدم تذكره لصدوره منه يشعر بأنه إنما صدر منه عن حهل به أو نسيان للحلف انتهى

وأسار نقوله تفصيل عن الكافي إلى أنه لو طلق ثلاثاً بحضور شاهدين فشهدا له أنك قلت عقبه إن شاء الله وهو لا يذكره إن كان له حالة غضب فله اعتماد قولهما والأخذ بعلمه ولا يلتفت إلى قولهما وهذا مشكل فإنه لا يلزم من يلفظه بالمشبه حصول الاستثناء المعتبر عندنا كما سبق بيانه

هناك ، والصحيح أنه لا طلاق لأنه يصدق أن يقال : بعثته ، فلم يمتثل ، وأنه لو قال : إن لم تطيعيني فأنت طالق ، فقالت : لا أطيعك . فقيل : تطلق في الحال ، والصحيح أنها لا تطلق حتى يأمرها بشيء فتمتنع ، أو ينهاها عنه فتفعله ، وأنه لو قال : امرأتي طالق إن دخلت دارها ولا دار لها وقت الحلف ، ثم ملكت داراً ، فدخلها ، طلقت . وأنه لو قال : إن لم تكوني الليلة في داري فأنت طالق ، ولا دار له ، ففي وقوع الطلاق وجهان ، بناء على التعليق بالمحال . وأنه لو قال : امرأتي هذه محرمة عليَّ ، لا تحل لي أبداً ، فلا طلاق ، لأنه قد يظن تحريمها باليمين على ترك الجماع ، وليس اللفظ صريحاً في الطلاق . وقيل : يحكم بالبينونة بهذا اللفظ ، والأول أصح . وأنه لو قيل لمن يسمى زيداً : يا زيد ، فقال : امرأة زيد طالق ، طلقت امرأته . وقيل : لا تطلق إلا أن يريد نفسه . وأنه لو قال : إن أجبت كلامي فأنت طالق ، ثم خاطب الزوج غيرها ، فأجابته هي[1] فالصحيح أنها لا تطلق . وأنه لو قال : إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق ، فأخرجها هو ، هل يكون إذناً ؟ وجهان ، القياس المنع . وأنه لو عزل عن القضاء ، فقال : امرأة القاضي طالق ، ففي وقوع طلاقه وجهان . وأنه لو قيل : طلقت امرأتك ، فقال : أعلم أن الأمر على ما تقوله ، لم يكن إقراراً بالطلاق على الأصح . وأنه لو[2] جلس مع جماعة فقام ولبس خف غيره ، فقالت له : استبدلت بخفك ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك ، فإن كان خرج بعد خروج الجماعة ، ولم يبق هناك إلا ما لبسه ، لم تطلق ، لأنه لم يستبدل ، بل استبدل الخارجون قبله ، وإن بقي غيره ، طلقت .

قلت : هذا الكلام ضعيف في الطرفين جميعاً ، بل صواب المسألة أنه إن خرج بعد خروج الجميع ، نظر ، إن قصد أني لم أجد بدله ، كان كاذباً ، فإن كان عالماً بأنه أخذ بدله ، طلقت ، وإن كان ساهياً ، فعلى قولي طلاق الناسي ، وإن لم يكن قصد ، خرج على الخلاف السابق ، في أن اللفظ الذي تختلف دلالته بالوضع والعرف ، على أيهما يحمل لأن هذا يسمى استبدالاً في العرف . وأما إن خرج وقد بقي بعض الجماعة ، فإن علم أن خفه مع الخارجين قبله ، فحكمه ما ذكرنا ، وإن

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) سقط في « ط » .

علم أنه كان باقياً ، أو شكَّ ، ففيه الخلاف في تعارض الوضع والعرف . والله أعلم .

وأنه لو رأى امرأته تنحت خشبة ، فقال : إن عدت إلى مثل هذا الفعل فأنت طالق ، فنحتت خشبة من شجرة أخرى ، ففي وقوع الطلاق وجهان لأن النحت كالنحت ، لكن المنحوت غيره .

قلت : الأصح الوقوع . والله أعلم .

وأنه لو قال : إن لم تخرجي الليلة من داري فأنت طالق ، فخلعها مع أجنبي في الليل وجدد نكاحها ولم تخرج ، لم تطلق .

وأنه لو حلف لا يخرج من البلد إلا معها ، فخرجا ، وتقدم معها بخطوات ، فوجهان . أحدهما : لا يحنث للعرف . والثاني : يحنث ، ولا يحصل البِرُّ إلا بخروجهما معاً بلا تقدم ، وأنه لو حلف أن لا يضربها إلا بالواجب ، فشتمته ، فضربها بالخشب ، طلقت لأن الشتم لا يوجب الضرب بالخشب ، وإنما تستحق به التعزير ، وقيل خلافه .

قلت : الأصح ، لا تطلق هنا ، ولا مسألة التقدم بخطوات يسيرة . والله أعلم .

وأنه لو قال لزوجته : إن علمت من أختي شيئاً فلم تقوليه لي فأنت طالق ، انصرف ذلك إلى ما يوجب ريبة ويوهم فاحشة ، دون ما لا يقصد العلم به ، كالأكل والشرب ، ثم لا يخفى أنه لا يشترط أن تقوله على الفور ، وأنها لو سرقت منه ديناراً فحلف بالطلاق لتردينه عليه ، وكانت قد أنفقته ، لا تطلق حتى يحصل اليأس من رده بالموت ، فإن تلف الدينار وهما حيان ، فوقوع الطلاق على الخلاف في الحنث بفعل المكره .

قلت : إن تلف بعد التمكن من الرد ، طلقت على المذهب . والله أعلم .

وأنه لو سمع لفظ رجل بالطلاق ، وتحقق أنه سبق لسانه إليه ، لم يكن له أن يشهد عليه بمطلق الطلاق . وأنه لو قال : إن رأيت الدم فأنت طالق ، فالظاهر حمله على دم الحيض . وقيل : يتناول كل دم . وأنه لو قال : إن دخلت هذه الدار ، فأنت

طالق ، وأشار إلى موضع من الدار ، فدخلت غير ذلك الموضع من الـدار ، ففي وقوع الطلاق وجهان .

قلت : أصحهما الوقوع ظاهراً ، لكنه إن أراد ذلـك الموضـع ، دين . والله أعلم .

وأنه لو قال : إن كانت امرأتي في المأتم ، فأمتي حرة ، وإن كانت أمتي في الحمام ، فامرأتي طالق ، وكانتا عند التعليقين كما ذكر ، عتقت الأمة ، ولم تطلق الزوجة ، لأن الأمة عتقت عند تمام التعليق الأول ، وخرجت عن كونها أمته ، فلا يحصل شرط الطلاق .

ولو قدم ذكر الأمة فقال : إن كانت أمتي في المأتم فامرأتي طالق ، وإن كانت امرأتي في الحمام ، فأمتي حرة ، فكانتا كما ذكر ، طلقت الزوجة . ثم إن كانت رجعية ، عتقت الأمة أيضاً ، وإلا فلا .

لو قال : إن كانت هذه في المأتم ، وهذه في الحمام ، فهذه حـرة ، وهذه طالق ، وكانتا ، حصل العتق والطلاق . وأنه لـو قال : إن كـان هذا ملكي فـأنت طالق ، ثم وكل من يبيعه ، هل يكون إقراراً بأنه ملكه ؟ وجهان ، وكـذا لو تقـدم التوكيل على التعليق .

قلت : إذا تقدم التوكيل ، يبعد وقوع الطلاق ، إذ لم يوجد حال التعليق ولا بعده ما يقتضي الاقرار ، والمختار في الحالتين أنه لا طلاق ، إذ يحتمل أن يكون وكيلاً في التوكيل ببيعه ، أو كان لغيره وله عليه دين ، وقد تعذر استيفـاؤه ، فيبيعه ليتملك ثمنه ، أو باعه غصباً ، أو باعه بولاية كالوالد والوصي والناظر . والله أعلم .

وأنه لو كان بين يديه تفاحتان ، فقال لزوجته : إن لم تأكلي هذه التفاحة اليوم فـأنت طالق ، وقـال لأمته : إن لم تـأكلي الأخرى اليـوم فـأنت حـرة ، واشتبهت التفاحتان ، فوجهان . أحدهما : أن الطريق أن تأكل كل واحدة تفاحة ، فلا يقع عتق ولا طلاق للشك ، والثاني : تأكل كل واحدة ما ظنت هي والزوج أنها تفاحتها .

ولو خالع الزوج وباع الأمة في يومه ، ثم جدد النكاح والشراء ، تخلص من الحنث . وقيل : يبيع الأمة للمرأة في يومه ، وتأكل المرأة التفاحتين ، وأنه لو قال لامرأتيه : كلما كلمت رجلاً فأنتما طالقان ، ثم قال لرجلين : اخرجا ، طلقتا .

ولو قال : كلما كلمت رجلاً فأنت طالق ، فكلم رجلين بكلمة ، طلقت طلقتين على الصحيح ، وقيل : طلقة .

وأنه لو قال : أنت طالق إن تزوجت النساء ، أو اشتريت العبيد ، لم تطلق إلا إذا تزوج ثلاث نسوة ، أو اشترى ثلاثة أعبد .

وأنه لو حلف لا يخرج من الدار ، فتعلق بغصن شجرة في الدار ، والغصن خارج ، حنث على الأصح . وأنه لو قال : إن لم تصومي غداً فأنت طالق ، فحاضت ، فوقوع الطلاق على الخلاف في المكره . وأنه لو قال لنسوته الأربع : من حمل منكن هذه الخشبة فهي طالق ، فحملها ثلاث منهن ، فإن كانت خشبة ثقيلة لا تستقل بحملها واحدة ، طلقن . وإن استقلت ، لم تطلق واحدة منهن . وقيل : يطلقن .

وأنه لو قال : أنت طالق إن لم أطأك الليلة ، فوجدها حائضاً أو محرمة ، فعن المزني أنه حكى عن الشافعي ، ومالك ، وأبي حنيفة أنه لا طلاق ، فاعترض وقال : يقع ، لأن المعصية لا تعلق لها باليمين ، ولهذا لو حلف أن يعصي الله تعالى ، فلم يعص ، حنث . وقيل ما قاله المزني هو المذهب ، واختيار القفال . وقيل: على القولين ، كفوات البر بالاكراه[1] .

وأنه لو قال : إن لم أشبعك من الجماع الليلة فأنت طالق ، فقيل : يحصل البر إذا جامعها وأقرت أنها أنزلت . وقيل : يعتبر مع ذلك أن تقول : لا أريد الجماع ثانياً ، فإن كانت لا تنزل ، فيجامعها إلى أن تسكن لذاتها ، وإن لم تشته الجماع فيحتمل أن يبنى على الخلاف في التعليق بالمحال . وأن الوكيل بالطلاق إذا طلق لا يحتاج إلى نية إيقاع الطلاق عن موكله في الأصح . وأنه لو[2] قال : إن بت عندك

---

(١) ما نقله الشيخ عن المزني وهو مذكور في العقارب كما ذكره الرافعي .
قال في الخادم : ونقل فيها الاجماع على أن من حلف أنه يقضي زيداً حقه غداً فعجز عن قضائه أنه حانث . انتهى ما أردته منه .
ومسألة العجز عن قضاء حق زيد غداً مهمة كثيرة الوقوع وقد أفتى بعض المتأخرين بعدم الوقوع وهو مشكل كيف ، وقد ذكر المزني الإجماع على الحنث .

(٢) في « ط » إن .

الليلة فأنت طالق ، فبات في مسكنها وهي غائبة ، لم تطلق . وأنه لو قال : إن لم أصطد ذلك الطائر اليوم فأنت طالق ، فاصطاد طائراً ، وادعى أنه ذلك الطائر ، قبل ، للاحتمال ، والأصل النكاح . فإن قال الحالف : لا أعرف الحال واحتمل الأمرين ، فيحتمل وقوع الطلاق وعدمه .

قلت : الأصح عدمه كما سبق في آخر الباب الرابع في المسألة : أنت طالق إن لم يدخل زيد اليوم الدار وجهل دخوله . والله أعلم .

ولو قال : أنت طالق الطلقة الرابعة ، فهل تطلق ؟ وجهان يقربان من الخلاف في التعليق بالمحال .

فصل : [ذكر][1] إسماعيل البوشنجي أنه لو حلف بالطلاق لا تساكنه شهر رمضان ، تعلق الحنث بمساكنة جميع الشهر ، ولا يحنث ببعضه ، وبهذا قال إمام العراقيين ، يعني أبا بكر الشاشي ، وعن محمد بن يحيى : يحنث بمساكنة ساعة منه ، كما لو حلف لا يكلمه شهر رمضان ، يحنث بتكليمه مرة . وأنه لو قال : امرأتي طالق إن أفطرت بالكوفة ، وكان يوم الفطر بالكوفة ، فلم يأكل ولم يشرب ، فمقتضى المذهب أنه لا تطلق ، لأن الافطار محمول على تناول مأكول أو مشروب ، وأنه لو حلف أنه لا يعيد بالكوفة ، فأقام معها يوم العيد ، ولم يخرج إلى العيد ، حنث ويحتمل المنع . ولو قال : إن أكلت اليوم إلا رغيفاً فأنت طالق ، فأكلت رغيفاً ثم فاكهة ، طلقت . ولو قال : إن أكلت أكثر من رغيف ، فأكلت خبزاً بإدام ، طلقت أيضاً . وأنه لو قال : إن أدركت الظهر مع الإمام فأنت طالق ، فأدركته فيما بعد الركعة الأولى ، لم تطلق على قياس مذهبنا ، لأن الظهر عبارة عن الركعات الأربع ، ولم يدركها .

قلت : هذا فيه نظر ، فإنه يقال : أدرك الجماعة ، وأدرك صلاة الإمام ، ولكن الظاهر أنه لا يقع ، لأن حقيقته إدراك الجميع ، ومنه الحديث « ما أدركتم فصلوا ،

---

(١) سقط في الأصل المثبت في « ط » .

وما فاتكم فاقضوا »[1][2] . والله أعلم .

وأنه لو طلق نسوته طلاقاً رجعياً ، ثم قال : كل واحدة أراجعها فهي طالق كلما كلمتُ فلاناً ، فراجع امرأة ، ثم كلم فلاناً ، ثم راجع أخرى ، طلقت الأولى دون الثانية ، لأن شرط الحنث المراجعة قبل الكلام ، فإن كلمه مرة أخرى ، طلقت الثانية أيضاً . وأنه لو قال : آخر امرأة أراجعها فهي طالق ، فراجع نسوة ، ومات ، يقع الطلاق على آخرهن مراجعة باليقين . حتى لو انقضت عدتها من ذلك الوقت ، لم ترثه . وإن كان وطئها ، فعليه مهر مثلها . وأنه إذا علق الطلاق على النكاح ، فهو محمول على العقد دون الوطء ، إلا إذا نوى . وأنه لو تخاصم الزوجان في المراودة ، فقال : إن لم تجيئي إلى الفراش الساعة فأنت طالق ، ثم طالت الخصومة حتى مضت الساعة ، ثم جاءت إلى الفراش ، فالقياس أنها طلقت . وأنه لو قال : إن كلمت بني آدم فأنت طالق ، فالقياس أنها لا تطلق بكلام واحد ولا اثنين ، إلا إذا أعطيناهما حكم الجمع . وأنه لو قال : إن دخلت الدار فعبدي حر ، أو كلمت فلاناً فامرأتي طالق ، سألناه لنتبين أي اليمينين أراد منهما ، فما أراد تقرر .

وأنه لو قال : أنت طالق في الدار ، فمطلق هذا يقتضي وقوع الطلاق إذا دخلت هي الدار .

وأنه لو قال : إن ملكتما عبداً فأنت طالق ، فشرط الحنث على ما يقتضيه القياس ، أم يملكاه معاً ، حتى لو ملك أحدهما عبداً ثم باعه لصاحبه ، لا يحنث . ولو قال : إن لبست قميصين فأنت طالق ، فلبستهما متواليين ، طلقت على قياس المذهب . وأنه لو قال : إن اغتسلت في هذه الليلة فأنت طالق ، فاغتسل فيها من غير جنابة ، وقال : قصدت بيميني غسل الجنابة ، فالقياس أنه يديَّن ولا يقبل ظاهراً ،

---

(١) قال في الخادم : هو كما قال ـ يعني الشيخ النووي ـ لأنه قد نص الشافعي على تقديم العرف الخاص على عرف الشرع ، ولا شك أن الشرع جعله مدركاً للصلاة ما لم يسلم الإمام ، والعرف لا يقتضي ذلك ويشهد له المسألة قبله ما إذا علق بالافطار لا يحنث بدخول يوم الفطر وإن لم يأكل ولم يشرب تقديماً للعرف العام على عرف الشرع .

(٢) (أخرجه البخاري ٢ / ٣٩٠ في كتاب الجمعة / باب المشي إلى الجمعة ، حديث ٩٠٨) .
(ومسلم ١ / ٤٢٠ في كتاب المساجد / باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة) (١٥٤ / ٦٠٢) . واللفظ له .

وأنه لو حلف في جنح الليل أنه لا يكلم فلاناً يوماً ، ولا نية له ، فعليه أن يمتنع من كلامه في اليوم الذي يليه ، ولا بأس بأن يكلمه في بقية الليل ، وأنه لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ثنتين أو ثلاثاً أو عشراً ، فهو مجمل ، فإن قال : أردت أنها تطلق واحدة إن دخلت الدار مرتين ، أو ثلاثاً ، صدق ، فإن اتهم ، حلف ، وإن أراد وقوع الطلاق بالعدد المذكور ، وقع الثلاث ، ولغت الزيادة ، وأنه لو قال : إن خرجت من الدار فأنت طالق ، وللدار بستان بابه مفتوح إليها ، فخرجت إلى البستان ، فالذي يقتضيه المذهب أنه إن كان بحيث يعد من جملة الدار ومرافقها لا تطلق ، وإلا فتطلق .

وأنه لو قال لأبويه : إن تزوجت ما دمتما حيين ، فامرأتي هذه طالق ، فمات أحدهما : فتزوج ، ينبغي أن لا يقع طلاقه . وأنه لو حلف لا يطعنه بنصل هذا الرمح أو السهم ، فنزع النصل ، وجعله في رمح آخر وطعنه به ، حنث . وأنه لو قال : إن شتمتني ولعنتني فأنت طالق ، فلعنته ، لم تطلق ، لأنه علق على الأمرين . وأنها لو خرجت إلى قرية للضيافة ، فقال : إن مكثت هناك أكثر من ثلاثة أيام فأنت طالق ، فخرجت من تلك القرية بعد الثلاثة أو قبل ، ثم رجعت إليها ، فينبغي أن لا تطلق . وأنه لو قال نصف الليل ، إن بتِّ مع فلان ، فأنت طالق ، فبات معه بقية الليل ، طلقت على مقتضى القياس ، ولا يشترط أن يبيت جميع الليل ولا أكثره .

قلت : المختار ، أن المبيت يحمل مطلقه على أكثر الليل إذا لم يكن قرينة كما سبق في المبيت بمنى ، لكن الظاهر الحنث هنا لوجود القرينة . والله أعلم .

ولو حلف أنه ما يعرف فلاناً ، وقد عرفه بوجهه ، وطالت صحبته له ، إلا أنه لا يعرف اسمه ، حنث على قياس المذهب ، وبه قال سعد الاستراباذي . وأنه لو قال : آخر امرأة أراجعها فهي طالق ، فراجع حفصة ثم عمرة ، ثم طلق حفصة ثم راجعها ، فالذي أراه أن حفصة تطلق لأنها صارت آخراً بعدما كانت أولاً . وأنه لو قال : إن نمت على ثوبٍ لك فأنت طالق ، فوضع رأسه على مرفقة لها ، لا تطلق ، كما لو وضع عليها يديه أو رجليه . وأنه لو حلف لا يأكل من مال فلان ، فنثر مأكولاً فالتقطه وأكله ، حنث ، وكذا لو تناهدا فأكل من طعامه .

قلت : الصورتان مشكلتان ، والمختار في مسألة النثار ، بناؤه على الخلاف ،

في أنه يملكه الآخذ أم لا ؟ فإن قلنا بالأصح : إنه يملكه ، لم يحنث ، وإلا فيخرج على الخلاف السابق في الضيف ونحوه ، أنه هل يملك الطعام المقدم إليه ومتى يملكه ؟ وأما مسألة المناهدة وهي خلط المسافرين نفقتهم واشتراكهم في الأكل من المختلط ، ففيها نظر ، لأنها في معنى المعاوضة ، وإلا فيخرج على مسألة الضيف . والله أعلم .

وأنه لو قال : إن دخلت دار فلان ما دام فيها فأنت طالق ، فتحول فلان منها ثم عاد إليها ، فدخلتها ، لا تطلق ، وأنه لو قال : إن قتلته يوم الجمعة فأنت طالق ، فضربه يوم الخميس ومات يوم الجمعة بسبب ذلك الضرب ، لم تطلق ، لأن القتل هو الفعل المفوت للزوج ، ولم يوجد ذلك يوم الجمعة . وأنه لو قال : إن أغضبتك فأنت طالق ، فضرب ابنها ، طلقت . وإن كان ضرب تأديب . وأنه لو حلف ليصومن [زماناً ، أنه يحنث بصوم بعض يوم إن قلنا : إن من حلف ليصومن ، أنه يحنث بالشروع فيه ، وأنه لو حلف ليصومن][1] أزمنة ، بر بصوم يوم لاشتماله على أزمنة . ولو حلف ليصومن الأيام ، فيحمل على أيام العمر ، أو على ثلاثة أيام ، وهو الأولى . وأنه لو قال : إن كان الله سبحانه وتعالى يعذب الموجودين ، فأنت طالق ، طلقت .

قلت : هذا إذا قصد إن كان يعذب أحداً منهم ، فإن قصد إن كان يعذبهم كلهم ، أو لم يقصد شيئاً ، لم تطلق لأن التعذيب مختص ببعضهم . والله أعلم .

وأنه لو اتهمته امرأته بالغلمان ، فحلف بالطلاق لا يأتي حراماً ، ثم قبَّل غلاماً ، أو لمسه ، يحنث لعموم اللفظ . وأنه لو قال : أنت طالق إن خرجت من الدار ، ثم قال : لا تخرجين من الصفَّة أيضاً ، فخرجت من الصفة ، لم تطلق ، لأن قوله : ولا تخرجين كلام مبتدأ ليس فيه صيغة تعليق ولا عطف .

فصل : عن البويطي أنه لو قال : أنت طالق بمكة ، أو في مكة ، أو في البحر ، طلقت في الحال[2] ، إلا أن يريد إذا حصلت هناك . وكذا لو قال : في الظل وهما

---

(١) سقط من الأصل والمثبت من « ط » .

(٢) وحكي في الذخائر قولين فيما إذا أطلق قوله : أنت طالق بمكة .
أحدهما : يتخير .
والثاني : ينعقد بالحلول في مكة .

في الشمس ، بخلاف ما إذا كان الشيء منتظراً غير حاصل ، كقوله : في الشتاء وهما في الصيف ، لا يقع حتى يجيء الشتاء .

فصل : في «الزيادات» لأبي عاصم العبادي أنه لو قال : إن أكلت من الذي طبخته هي فهي طالق ، فوضعت القدر على الكانون ، وأوقدت غيرها ، لم تطلق ، وكذا لو سجر التنور غيرها ووضعت القدر فيه . وأنه لو قال : إن كان في بيتي نار فأنت طالق ، وفيه سراج ، طلقت . وأنه لو حلف لا يأكل من طعامه ، ودفع إليه دقيقاً ليخبزه له فخبزه بخميرة من عنده ، لم يحنث لأنه مستهلك . وأنها لو قالت : لا طاقة لي بالجوع معك ، فقال : إن جعت يوماً في بيتي فأنت طالق ، ولم ينو المجازاة ، تعتبر حقيقة الصفة ، ولا تطلق بالجوع في أيام الصوم ، وأنه لو قال : إن دخلت دارك فأنت طالق ، فباعتها ودخلها . لم تطلق على الأصح .

فصل : قال : إن لم تكوني أحسن من القمر ، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق ، قال القاضي أبو علي الزجاجي والقفال وغيرهما : لا تطلق ، واستدلوا بقول الله تعالى : ﴿ **لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم** ﴾[١] .

قلت : هذا الحكم والاستشهاد ، متفق عليه ، وقد نص عليه الشافعي رحمه الله ، وقد ذكرت النص في ترجمة الشافعي من كتاب « الطبقات » . قال الشيخ إبراهيم المروذي : لو قال : إن لم أكن أحسن من القمر فأنت طالق ، لا تطلق ، وإن كان زنجياً أسود . والله أعلم .

فصل : في فتاوى الحناطي أنه لو قال : إن قصدتك بالجماع فأنت طالق ، فقصدته المرأة ، فجامعها ، لم تطلق ، وإن قال : إن قصدت جماعك ، طلقت في هذه الصورة .

فصل : حكى أبو العباس الروياني ، أن امرأة قالت لزوجها : اصنع لي ثوباً ليكن لك فيه أجر ، فقال : إن كان لي فيه أجر فأنت طالق ، فقالت : استفتيت فيه إبراهيم بن يوسف العالم[٢] ، فقال : إن كان إبراهيم بن يوسف عالماً فأنت طالق ،

---

(١) سورة التين : الآية ٤ .

(٢) إبراهيم بن يوسف ذكره النووي في تهذيبه فقال إنه من أصحابنا ، وقال الحاكم في تاريخه : إبراهيم بن =

فاستفتى إبراهيم بن يوسف فقال : لا يحنث في اليمين الأولى ، لأنه مباح ، والمباح لا أجر له فيه ، ويحنث في الثانية ، لأن الناس يسمونني عالماً . وقيل : يحنث في الأولى أيضاً ، لأن الإنسان يؤجر في ذلك إذا قصد البر ، وحكى الوجهين القاضي الروياني في كتابه « التجزئة » وقال : الصحيح الثاني .

قلت : لا معنى للخلاف في مثل هذا ، لأنه إن قصد الطاعة كان فيه أجر ويحنث ، وإلا فلا ، ومقتضى الصورة المذكورة ، أن لا يحنث ، لأنه لم يقع فعل نية الطاعة . والله أعلم .

فصل : قال شافعي : إن لم يكن الشافعي أفضل من أبي حنيفة ، فامرأتي طالق ، وقال حنفي : إن لم يكن أبو حنيفة أفضل من الشافعي ، فامرأتي طالق ، لا يحكم بالطلاق على أحدهما ، وشبهوه بمسألة الغراب . وعن القفال : لا يفتي في هذه المسألة . وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي في هذه المسألة ، أنه لو قال السني : إن لم يكن الخير والشر من الله تعالى فامرأتي طالق ، وقال المعتزلي : إن كانا من الله تعالى فامرأتي طالق ، أو قال السني : إن لم يكن أبو بكر أفضل من علي رضي الله عنهما فامرأتي طالق ، فقال الرافضي : إن لم يكن علي أفضل من أبي بكر ، وقع طلاق المعتزلي والرافضي ، وأنه لو قال لها : أفرغي البيت من قماشك ، فإن دخلت ووجدت فيه شيئاً من قماشك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق ، فدخل فوجد في البيت هاوناً لها ، فوجهان . أحدهما : لا تطلق ، للاستحالة ، والثاني : تطلق عند اليأس قبيل موتها أو موته . وأنه لو تخاصم الزوجان فخرجت مكشوفة الوجه ، فعدا خلفها وقال : كل امرأة لي خرجت من الدار مكشوفة ليقع نظر الأجانب عليها فهي طالق ، فسمعت قوله فرجعت ولم يبصرها أجنبي ، طلقت ، ولو قال : كل امرأة لي خرجت مكشوفة ويقع نظر الأجانب عليها فهي طالق ، فخرجت ولم يبصرها أجنبي ، لم تطلق . والفرق أن الطلاق في الصورة الثانية معلق على صفتين ، ولم يوجد إلا

= يوسف بن لقمان الفقيه البخاري نزيل نيسابور في دار السنة .
وقال ابن قاضي شهبة في طبقاته : ولا أعلم من حاله شيئاً .
وقال ابن شهبة في طبقاته : ولا أعلم من حاله شيئاً .
(تهذيب الأسماء واللغات ١ / ١٥٠) - (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١ / ١٣٦) - (البداية والنهاية ١١ / ٢٩٨) .

إحداهما ، وفي الأولى على صفة فقط وقد وجدت .

قلت : هكذا صواب صورة هذه المسألة ، وكذا حقيقتها من كتاب إبراهيم المروذي ، ووقعت في نسخ من كتاب الرافعي مغيَّرة . والله أعلم[1] .

(١) انتهت النسخة الثانية .

كتاب الرَّجْعة(1)

هي بفتح الراء وكسرها ، والفتح فيه أفصح ، فيه بابان .

(1) وهي في اللغة المرة من الرجوع ، والفتح أفصح كما حكى المصنف رحمه الله ، وهذا عند الجوهري والكسر عند الأزهري . (الصحاح ٣ / ١٢١٦) .
وشرعاً : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص . (مغني المحتاج ٣ / ٣٣٥) - (فتح الوهاب ٢ / ٨٧) .
والأصل فيها كتاب الله عزّ وجلّ وسنة رسوله ﷺ .
فأما الكتاب فقوله تعالى لما ذكر المطلقات فقال : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ﴾ ، وقوله : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ ، إلى قوله تعالى : ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ قيل : يحدث مراجعة منه لها .
أما السنة فلما روى عبد الله بن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض ، فسأل عمر النبي ﷺ فقال . « مره فليراجعها » .
(البخاري ٨ / ٥٢١ في التفسير ٤٩٠٨) .
(ومسلم ٢ / ١٠٩٥ في الطلاق / باب تحريم طلاق الحائض ، حديث ٥ / ١٤٧١) .
فدل الكتاب والسنة على جواز ذلك ، وقد اختلف الناس في تحريمها بالحلع كتحريم المبتوتة حتى تراجع بعقد جديد .
قال القاضي أبو علي رحمه الله في تعليقه نقل عن مالك رحمه الله التحريم .
وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا تحرم ، والصحيح من مذهبه أن وطأها مباح وهو مراجعتها كما نقله الكرخي والرازي من أصحابه .
قال : وعند أبي حنيفة رحمه الله أن الزوج إذا مس زوجته الرجعية أو نظر إلى فرجها بشهوة ، كان ذلك رجعة ، وقد استدل من قال : إن وطأها مباح أن أحكام الزوجية باقية عنده بعد هذا الطلاق لأن إيلاءه وظهاره وطلاقه والتوارث بينهما واعتدادها عدة الوفاة كهو لم يطلقها فوجب أن تكون مباحة . والدليل على صحة ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله من أن وطأها حرام لأنها معتدة فوجب أن يحرم وطؤها كما إذا =

الأول : في أركانها ، وهي أربعة .

الأول : سببها ، والمطلقات قسمان .

الأول : من لم يستوف زوجها عدد طلاقها ، وهي نوعان ، بائن ورجعية ، فالبائن هي المطلقة قبل الدخول أو بعوض ، فلا يحل له إلا بنكاح جديد ، والرجعية ، هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض .

القسم الثاني : مطلقة استوفى عدد طلاقها ، فلا تحل له برجعة ولا بنكاح إلا بعد محلل ، وإن شئت اختصرت ، فقلت : الرجعية مطلقة بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد .

فرع : سواء في ثبوت الرجعة طلق بصريح أو كناية ، ولو طلق ثم قال : أسقطت حق الرجعة ، أو طلق بشرط أن لا رجعة ، لم يسقط ولا مدخل للرجعة في الفسوخ .

الركن الثاني : الزوج المرتجع ، ويشترط فيه أهلية النكاح ، والاستحلال ، والبلوغ ، والعقل ، فلا رجعة لمرتد ، ولو طلق رجل فجن ، فينبغي أن يجوز لوليّه

= طلقها ثلاثاً ، ولأنه سبب أوجب عدة فوجب أن يوجبه بحرمة دليله إذا خالعها .

فإن قالوا لا يصح اعتبار الرجعة بالخلع أو بالثلاث لأن الرجعية يعود إليه الرجعة والبائن لا تعود إليه إلا بعقد جديد يستأنف ، فلم يصح اعتبار أحدهما بالآخر .

قيل . الجواب عن هذا أن اختلافهما فيما يزول به حكم الفرقة والطلاق يدل على اختلافهما في التحريم إلا أن يرد أن البائن بدون الثلاث والبائن بدون الثلاث أحلفا فيما يزول به حكم الفرقة ، ومع هذا فهما يتفقان في التحريم .

قيل : ولأن بالطلاق يزول النكاح، وبالنكاح يستباح الوطء وبالطلاق تزول الاستباحة وقد ثبت أن الطلاق ضد النكاح ، ثم تبت وتقرر أن ما من نكاح إلا وهو يفيد الاستباحة فوجب ألا يوجد الطلاق إلا وهو يفيد التحريم . وأما الجواب عن قولهم أن أحكام الزوجية باقية . قلنا : باقية ولكن ليست على الوجه الذي يكون فيه حال الزوجية ، ألا ترى أن الرجل يولي من زوجته فتحسب المدة من حين الايلاء ، ولو آلى في الرجعة كانت المدة من حين المراجعة لا من حين الايلاء ، وكذلك الظهار من زوجته متى أمكنه وعقب الظهار ، فإذا لم يفعل ، وجبت الكفارة ، ولو ظاهر من الرجعية أن يطلق ، لم تجر الكفارة إلا من حين مراجعتها فلم يكن بقاؤها على الوجه الذي كان من الزوجية على أنا نقول أن بقاء أحكام الزوجية لا يدل على الاستباحة ، ألا ترى أن المرأة توطأ بوطء شبهة وهي تحت زوجها فيحرم على زوجهاوطؤها حتى تنقضي عدتها ، ومع هذا بقاء أحكام الزوجية على ما كانت عليه .

المراجعة حيث يجوز ابتداء النكاح[١] ، هذا إذا جوزنا التوكيل في الرجعة وهو الصحيح ، وللعبد المراجعة بغير إذن سيده على الصحيح .

الركن الثالث : الصيغة ، فتحصل الرجعة بقوله : رجعتك أو راجعتك أو ارتجعتك ، وهذه الثلاثة صريحة ، ويستحب أن يضيف إلى النكاح أو الزوجية ، أو نفسه ، فيقول : رجعتك إلى نكاحي أو زوجيتي أو إلي ، ولا يشترط ذلك ، ولا بد من إضافة هذه الألفاظ إلى مظهر أو مضمر ، كقوله : راجعت فلانة أو راجعتك ، فأما مجرد راجعت وارتجعت ، فلا ينفع . ولو قال : راجعتك للمحبة أو للاهانة أو للأذى ، وقال : أردت لمحبتي إياك ، أو لأهينك ، أو أوذيك ، قبل وحصلت الرجعة ، وإن قال : أردت أني كنت أحبها أو أهينها قبل النكاح ، فردتها إلى ذلك ، قبل ولم تحصل الرجعة ، وإن تعذر سؤاله بموته ، أو أطلق ، حصلت الرجعة ، لأن اللفظ صريح وظاهره إرادة المعنى الأول ، وأشير فيه إلى احتمال ، ولو قال : رددتها ، فالأصح أنه صريح ، فعلى هذا ، في اشتراط قوله : إليَّ أو إلى نكاحي ، وجهان . أصحهما : يشترط ، ولو قال : أمسكتك ، فهل هو كناية أم صريح أم لغو ؟ فيه أوجه ، أصحها عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والروياني وغيرهم : كناية ، وصحح البغوي كونه صريحاً ، وهو قول ابن سلمة والاصطخري ، وابن القاص .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » أنه صريح . والله أعلم .

فإن قلنا : صريح ، فيشبه أن يجيء في اشتراط الاضافة وجهان ، كالرد . وجزم البغوي بعدم الاشتراط ، وأنه مستحب . ولو قال : تزوجتك أو نكحتك ، فهل هو كناية أم صريح ، أم لغو ؟ أوجه . أصحها : الأول ، وبه قال القاضي[٢] ويجري

وهكذا إذا ظاهر الرجل من زوجته يحرم عليهاوطؤها حتى يكفر ، ومع هذا فإن أحكام الزوجية على ما كانت عليه .

(١) ما ذكره المصنف تفقهاً تبعاً للشرع صرح به الجيلي كما قاله الأذرعي ، قال ولفظه وللولي أن يراجع زوجة المجنون الذي طرأ جنونه بعد الطلاق حيث يجوز له النكاح لأحله وجرى على ذلك في المنهاج . وقال الشيخ البلقيني : ما ذكره الرافعي تفقهاً حسن معمول به إلا أن الأرجح هنا الاكتفاء بالمصلحة قال وتراجع له الوصي أيضاً ، قلته تخريجاً فيما سبق في من زوجه .

(٢) الترجيح من عند المصنف ولم يصرح الرافعي بترجيح .
قال الأذرعي نعم كلامه في الشرح الصغير يشعر به أي بترجيح أنه كناية .

الخلاف فيما لو جرى العقد على صور الايجاب والقبول ، قال الروياني : الأصح هنا الصحة ، لأنه آكد في الاباحة .

قلت : ولو قال : اخترت رجعتك ونوى الرجعة ، ففي حصولها وجهان حكاهما الشاشي ، الأصح الحصول . والله أعلم .

فرع : تصح الرجعة بالعجمية ، سواء أحسن العربية أم لا ، وقيل : لا ، وقيل : بالفرق ، والصحيح الأول .

فرع : هل صرائح الرجعة منحصرة ، أم كل لفظ يؤدي معنى الصريح صريح ، كقوله : رفعت تحريمك وأعدت حلك ونحوهما ؟ فيه وجهان ، أصحهما : الانحصار ، لأن الطلاق صرائحه محصورة ، فالرجعة التي هي تحصيل إباحة أولى .

فرع : لا يشترط الاشهاد على الرجعة على الأظهر ، فعلى هذا ، تصح بالكتابة مع القدرة على النطق ، وإلا فلا .

فرع : لا تقبل الرجعة التعليق[١] ، فلو قال : راجعتك إن شئت ، فقالت : شئت ، لم يصح[٢] ، ولو قال : إذ شئت ، أو أن شئت بفتح الهمزة ، صح . ولو طلق إحدى زوجتيه مبهماً ، ثم قال : راجعت المطلقة ، لم يصح على الأصح . ولو قال لرجعية : متى راجعتك فأنت طالق ، أو قال لمن في صلب النكاح : متى طلقتك وراجعتك فأنت طالق ، فراجعها فهل تصح الرجعة وتطلق ، أم لا تصح أصلاً ، أم تصح ولا تطلق ويلغو الشرط ؟ فيه أوجه ، الصحيح الأول .

فرع : لا تحصل الرجعة بالوطء والتقبيل وشبههما[٣] .

الركن الرابع : المحل ، وهي الزوجة ، ولا يشترط رضاها ، ولا رضا سيد

---

(١) ولا تأقيتاً كالنكاح .

(٢) بخلاف نظيره في البيع لأن ذلك مقتضاه بخلافه هنا .
ولا يضر راجعتك إن شئت أو أن شئت بفتح الهمزة لأن ذلك تعليل لا تعليق فينبغي كما قال الأذرعي : أن يفرق بين النحوي وغيره ويستفسر الجاهل بالعربية

(٣) قال الشيخ البلقيني في التدريب : وهذا في غير رجعة الكفار قلته تخريجاً وذكره في الخادم ولم يعزه لشيخه .

الأمة ، ويستحب إعلامه ، ويشترط فيها بقاؤها في العدة ، وكونها قابلة للحل ، فلو ارتد الزوجان أو أحدهما في العدة ، فراجعها في حال الردة ، لم يصح ، وإذا أسلما قبل انقضاء العدة ، فلا بد من استئناف الرجعة ، نص عليه ، وبه قال الأصحاب . وقال المزني : الرجعة موقوفة . فإذا أسلما في العدة ، تبينا صحتها . قال الإمام : وهذا له وجه ، ولكن لم أر من الأصحاب من جعله قولاً مخرجاً ، فعلى النص ، لو ارتد الزوجان أو أحدهما بعد الدخول ، ثم طلقها في العدة ، أو راجعها ، فالطلاق موقوف ، إن جمعهما الإسلام في العدة ، تبينا نفوذه ، والرجعة باطلة ، ولو كانا ذميين فأسلمت فراجعها وتخلف ، لم يصح ، ولو أسلم في العدة ، احتاج إلى الاستئناف .

فرع : إذا أثبتنا العدة بالوطء في الدبر ، أو بالخلوة ، ثبتت الرجعة على الأصح .

قلت : مما يتعلق بالركن ، قال إبراهيم المروذي : لو كان تحته حرة وأمة ، فطلق الأمة رجعية ، فله رجعتها . والله أعلم .

فصل : العدة تكون بالحمل أو الأقراء أو الأشهر ، فلو ادعت المعتدة بالأشهر انقضاءها ، وأنكر الزوج ، صدق بيمينه ، لأنه اختلاف في وقت طلاقه . ولو قال : طلقتك في رمضان . فقالت : بل في شوال ، فقد غلظت على نفسها فتؤاخذ بقولها . وأما عدة الحامل ، فتنقضي بوضع الحمل التام المدة ، حياً كان أو ميتاً أو ناقص الأعضاء ، وبإسقاط ما ظهر فيه صورة الآدمي ، فإن لم يظهر ، فقولان مشروحان في كتاب « العدة » . ومتى ادعت وضع حمل أو سقط أو مضغة ، إذا اكتفينا بها ، صدقت بيمينها . وقيل : لا تصدق مطلقاً ، ولا بد من بينة ، وقيل : لا تصدق في الولد الميت إذا لم يظهر . وقيل : ولا في الولد الكامل . وقيل : ولا في السقط ، والمذهب الأول ، قال الأئمة : وإنما يصدقها فيما يرجع في العدة بشرطين . أحدهما : أن تكون ممن تحيض . فلو كانت صغيرة أو آيسة ، لم تصدق والثاني : أن تدعي الوضع لمدة الامكان ، ويختلف الامكان بحسب دعواها . فإن ادعت ولادة ولد تام ، فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من حين إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح لحظة لإمكان الوطء ، ولحظة للولادة ، فإن ادعت لأقل من ذلك ، لم تصدق ، وكان للزوج رجعتها . وإن ادعت إسقاط سقط ظهرت فيه

الصورة ، فأقل مدة إمكانه أربعة أشهر ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع[1] ، وإن ادعت إلقاء مضغة لا صورة فيها ، فأقل مدة إمكانها ثمانون يوماً ، ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع .

وأما المعتدة بالأقراء ، فإن طلقت في الطهر حسب بقية الطهر قرءاً ، وإن طلقت في الحيض ، اشترط مضي ثلاثة أطهار كاملة ، كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى . فأقل مدة تمكن انقضاء العدة فيها إذا طلقت في الطهر اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، وذلك بأن تطلق وقد بقي من الطهر لحظة ، ثم تحيض يوماً وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ، وتطهر خمسة عشر ، ثم تطعن في الحيض ، هذا هو المذهب . ولنا وجه أنه لا تعتبر اللحظة الأولى تفريعاً على أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض ، فإذا صادف الطلاق آخر جزء من الطهر ، حسب ذلك قرءاً ، ويظهر تصوير ذلك فيما إذا علق الطلاق بآخر . وفي قول : لا يحكم بانقضاء العدة بمجرد الطعن في الدم آخراً ، بل يشترط مضي يوم وليلة ، ثم هل اليوم والليلة على هذا ، أو اللحظة على المذهب من نفس العدة ، أم ليس منها وإنما هو لاستيقان انقضاء الأقراء ؟ فيه وجهان ، أصحهما : الثاني ، وتظهر فائدتهما في ثبوت الرجعة في ذلك الوقت ، هذا كله تفريع على المذهب أن أقل الحيض يوم وليلة ، فإن جعلناه أقل من ذلك ، نقص زمن الامكان عن المدة المذكورة ، هذا كله في طهر غير المبتدأة ، أما إذا طلقت المرأة قبل أن تحيض ، ثم حاضت ، فيبنى أمرها على أن القرء طهر محتوش بدمين ، أم لا يشترط فيه الاحتواش ؟ فإن لم يشترط ، فحكمها في مدة الامكان حكم غيرها ، وإن شرطناه ، فأقل مدة إمكانها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة ، هذا كله إذا طلقت في طهر . أما المطلقة في حيض ، فأقل مدة إمكانها سبعة وأربعون يوماً ولحظة ، بأن تطلق في آخر جزء من الحيض ، ويظهر تصويره فيما إذا علق طلاقها بآخر جزء من حيضها ، ثم تطهر خمسة عشر يوماً ، ثم تحيض يوماً

(١) عبارة المنهاج فمائة وعشرون يوماً ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع فعبارة رديئة موهمة خلاف الصواب أي توهم الهلالية وإن نقصت .

قال وعبارة الشرحين فأقل مدة الامكان مائة وعشرون يوماً وهي أربعة أشهر ولحظتان وكأنه أراد التنبيه على أنه لا بد من مائة وعشرين يوماً ، فإن كانت الأشهر كوامل فذاك وهي عبارة موهمة فهم في الروضة منها الاكتفاء بأربعة أشهر ما كانت ولم أره لأحد من الأصحاب . انتهى ما أردته منه وأخذ ذلك في الخادم ولم يعزه له .

وليلة ، وتطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ، وتطهر خمسة عشر ، وتطعن في الحيض ، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ، ولا تحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول ، لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً ، هذا حكم الحرة ، وأما الأمة ، فإن طلقت في طهر ، فأقل مدة إمكانها ستة عشر يوماً ولحظتان ، وإن طلقت ولم تحض قط ، ثم ظهر الدم وشرطنا في القرء الاحتواش ، فأقل مدة الامكان اثنان وثلاثون يوماً ولحظة ، وإن طلقت في الحيض ، فالأقل أحد وثلاثون يوماً ولحظة . إذا عرف هذا ، فإن لم يكن للمطلقة عادة في الحيض والطهر مستقيمة ، بأن لم تكن حاضت ثم طرأ حيضها ، وكان لها عادات مضطربة ، أو كانت لها عادة مستقيمة دائرة على الأقل حيضاً وطهراً ، صدقت بيمينها إذا ادعت انقضاء الأقراء لمدة الامكان ، فإن نكلت عن اليمين ، حلف الزوج وكان له الرجعة ، فإن كان لها عادة مستقيمة دائرة على ما فوق الأقل ، صدقت في دعوى انقضائها على وفق العادة ، وهل تصدق فيما دونها مع الامكان ؟ وجهان . أصحهما عند الأكثرين : تصدق بيمينها ، لأن العادة قد تغير ، والثاني : لا للتهمة ، قال الشيخ أبو محمد : هذا هو المذهب . قال الروياني : هو الاختيار في هذا الزمان . قال : وإذا قالت لنا امرأة انقضت عدتي ، وجب أن نسألها عن حالها ، كيف الطهر والحيض ؟ ونحلفها عند التهمة لكثرة الفساد ، هذا لفظه .

فرع : ادعت انقضاء العدة لدون الامكان ، ورددنا قولها ، فجاء زمن الامكان ، فإن كذبت نفسها ، أو قالت : غلطت وابتدأت الآن دعوى الانقضاء ، صدقت بيمينها ، وإن أصرت على الدعوى الأولى ، صدقناها الآن أيضاً على الأصح ، لأن إصرارها يتضمن دعوى الانقضاء الآن .

فرع : قال : إن ولدت فأنت طالق ، وطلقت بالولادة ، فأقل زمن يمكن انقضاء أقرائها فيه ، مبني على أن الدم تراه في الستين ، هل يجعل حيضاً ، فيه خلاف سبق . فإن جعلناه حيضاً وهو الأصح ، فأقل زمن تصدق فيه سبعة وأربعون يوماً ولحظة ، كما لو طلقت في الحيض ، فتقدر أنها ولدت ولم تر دماً ، ويعتبر مضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض ، والطعن في الحيضة الرابعة[1] ، وإن لم نجعله حيضاً لم

(١) قال الشيخ البلقيني فيه سهو في موضعين : =

تصدق فيما دون اثنين وتسعين يوماً ولحظة ، منها ستون للنفاس ، ويحسب ذلك قرءاً ، وبعدها مدة حيضتين وطهرين ، واللحظة للطعن في الحيضة الثالثة ، هكذا ذكره البغوي ، ولم يعتد المتولي بالنفاس قرءاً ، واعتبر مضي مائة وسبعة أيام ولحظة ، وهي مدة النفاس ، ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين ، واللحظة للطعن .

فصل : الرجعة مختصة بعدة الطلاق ، فلووطء الزوج الرجعية في العدة ، فعليها أن تستأنف ثلاثة أقراء من وقت الوطء ، ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق ، ولا تثبت الرجعة إلا فيما بقي من عدة الطلاق ، وله تحديد النكاح فيما زاد بسبب الوطء ، ولا يجوز ذلك لغيره . ولو أحبلها بالوطء ، اعتدت بالوضع عن الوطء . وفي دخول ما بقي من عدة الطلاق في عدة الوطء وجهان . أصحهما : يدخل ، فعلى هذا ، له الرجعة في عدة الحمل على الأصح ، وحكى البغوي وجهاً ، أن الرجعة تنقطع على هذا بالحمل . فإن قلنا : لا تدخل ، فإذا وضعت ، رجعت إلى بقية الأقراء ، وللزوج الرجعة في البقية التي تعود إليها بعد الوضع ، وله الرجعة أيضاً قبل الوضع على الأصح .

الباب الثاني في أحكام الرجعية والرجعة

وفيه مسائل .

إحداها : يحرم وطء الرجعية ولمسها ، والنظر إليها ، وسائر الاستمتاعات . فإن وطىء ، فلا حد وإن كان عالماً بالتحريم لاختلاف العلماء في إباحته ، وفي العالم وجه ضعيف ، ولا تعزير أيضاً إن كان جاهلاً أو يعتقد الاباحة ، وإلا فيجب .

وإذا وطىء ولم يراجع ، لزمه مهر المثل ، وإن راجعها ، فالنص وجوب المهر أيضاً ، ونص فيما لو ارتدت فوطئها الزوج في العدة ثم أسلمت فيها ، فلا مهر . وكذا لو أسلم أحد المجوسيين أو الوثنيين ووطئها ، ثم أسلم المتخلف في العدة ، فقال

= أحدهما : قوله انه يعتبر مضي ثلاث حيض ، وإنما المعتبر مضي حيضتين بلا خلاف على ما عليه يفرع في الطريقين .

والثاني : قوله والطعن في الحيضة الرابعة وهذا أيضاً سهو ، وإنما المعتبر الطعن في الحيضة الثالثة بلا خلاف ، وقد وقع السهوان في شرح الرافعي كذلك ولكن الجملة التي ذكرها من سعة وأربعين يوماً ، ولحظة صحيحة ، وهي تبين الغلطين المذكورين . انتهى .

الاصطخري : في الجميع قولان ، وحكى ابن كج عن ابن القطان ، أنه وجدهما منصوصين ، والمذهب تقرير النصين الأولين ، لأن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعة ، بل يبقى نقصان العدة فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق كعقدين ، وأما أثـر الردة وتبديل الدِّين ، فيرتفع بالإسلام ، فيكون الوطء مصادفاً للعقد الأول .

الثانية : يصح خلع الرجعية على الأظهر ، ويصح الايلاء والظهار عنها ، واللعان ، ويلحقها الطلاق . وإذا مات أحدهما في العدة ، ورثه الآخر ، ويجب نفقتها ، وهذه الأحكام مذكورة في أبوابها ، ولو قال : نسائي أو زوجاتي طوالق ، دخلت الرجعية فيهن على الأصح المنصوص .

الثالثة : طلق زوجته الرقيقة رجعية ، ثم اشتراها ، وجب استبراؤها ، لأنها كانت محرمة بالطلاق . فإن بقيت في العدة حيضة كاملة ، كفت ، وإن بقيت بقية الطهر ، فقيل : يكفي ، وقيل : يشترط حيضة كاملة على القياس ، هذا إذا قلنا : الاستبراء بالحيض وهو المذهب ، فإن قلنا : بالطهر ، قلنا : بقية الطهر كافية للاستبراء ، حصل الغرض بها .

فرع : لما نظر الأصحاب في الأحكام المذكورة في هذه المسائل ، استنبطوا منها أقوالاً في أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح ويزيل الملك ، أم لا ؟ أحدها : نعم ، بدليل تحريم الوطء ووجوب المهر ومنع الخلع على قول . والثاني : لا ، لوقوع الطلاق وعدم الحد ، وصحة الايلاء والظهار واللعان ، وثبوت الارث وصحة الخلع ، وعدم الاشهاد على الأظهر فيهما . واشتهر عن لفظ الشافعي رضي الله عنه ، أن الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى ، وأراد الآيات المشتملة على هذه الأحكام[1] . والثالث : أنه موقوف ، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة ، تبينا زوال

---

(١) قال الشيخ البلقيني في التدريب : قالوا أراد بها آيات الطلاق والظهار واللعان والايلاء والميراث ، وكنت قديماً ذكرت أن الرجعية زوجة في إحدى عشرة هذه الخمس وآية عدة الوفاة وآية ورباع ، فإن الرجعية محسوبة منهن وآية وأن يجمعوا بين الأختين ثم وجدت في الأم ما يفهم السابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشرة دخولها في آية النفقة على الرجال وآية كسوتهن وآية سكناهن .
الثانية عشرة : أن الآية المثبتة للولي شركاً في تزويج موليته يقتضي أنه لا يدخل في رجعيتها لأنها زوجة .

الملك بالطلاق . وإن راجع ، تبينا أنه لم يزل ، ورجح الغزالي القول الأول ، والإمام الثاني . والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لما ذكرناه من اختلاف الترجيح في الصور المذكورة .

قلت : المختار ما اختاره الرافعي ، أنه لا يطلق ترجيح ، ونظيره القولان في أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع ، أم جائزة ، وأن الابراء إسقاط أم تمليك ؟ ويختلف الراجح بحسب المسائل ، لظهور دليل أحد[1] الطرفين في بعضها ، وعكسه في بعض . والله أعلم .

فصل في الاختلاف : فإذا ادعى أنه راجع في العدة ، وأنكرت ، فإما أن يختلفا قبل أن تنكح زوجاً ، وإما بعده .

القسم الأول : قبله ، فإما أن تكون العدة منقضية ، وإما باقية .

الضرب الأول : منقضية وادعى سبق الرجعة ، وادعت سبق انقضاء العدة ، فلهذا الاختلاف صور .

إحداها : أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ، كيوم الجمعة . وقال : راجعت يوم الخميس ، وقالت : بل يوم السبت ، فثلاثة أوجه . الصحيح الذي عليه الجمهور القول قولها بيمينها أنها لا تعلمه راجع يوم الخميس . والثاني : القول قوله بيمينه . والثالث : قالت : أولاً انقضت يوم الجمعة فصدقها ، وقال : راجعت يوم الخميس ،

= الثالثة عشرة : أن الآية التي فيها اعتبار رضى من يعقد عليها تدل على أن الرجعية زوجة إذ لا يعتبر رضاها .

الرابعة عشرة : قوله تعالى : ﴿ فانكحوهن بإذن أهلهن ﴾ يدل على أن الرجعية منكوحة لعدم اعتبار الاذن من أهلها اتفاقاً حرة كانت أو أمة .

الخامسة عشرة : أن تبتغوا بأموالكم فيمن يبيعها للتزويج وذلك في غير رجعة إذ لا مدخل للمال في الرجعة .

السادسة عشرة : قوله تعالى : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وإمائكم ﴾ وليس للسيد مدخل في رجعتها لأنها منكوحة ، والمراد تشارك الآيات المذكورة لها ، إما بطريق العموم أو بطريق المفهوم .

والمواضع السبعة في الخبر السابع من الأم من تجزئة ثمانية أجزاء . انتهى ما أردته منه .

(١) سقط في « ط » .

فهي المصدقة . وإن قال هو أولاً : راجعتك يوم الخميس فهـو مصدق لاستقـلاله بالرجعة ، والرجعة تقطع العدة . فإن اقترن دعواهمـا ، سقط هذا الـوجه ، وبقي الوجه الآخر ، وبقي الأولان .

الصورة الثانية : أن يتفقا على الرجعة يوم الجمعة ، وقـالت : انقضت يوم الخميس ، وقال : بل يوم السبت ، فهل يصدق بيمينه أم هي ، أم السابق بالدعوى ؟ أوجه ، الصحيح الأول .

الثالثة : أن لا يتفقا ، بل يقتصر على تقدم الرجعة ، وهي على تأخرها ، ففيه طرق ذكرناها في آخر نكاح المشرك ، وهنا خلاف آخر حاصله أوجه . أصحهـا : تصديق من سبق بالدعوى ، فلو وقع كلامهما معاً ، فالقول قولها ، والثاني : تصديقها مطلقاً ، والثالث : تصديقه ، والرابع : يقرع ويقدم قول من خرجت قرعته ، حكاه القاضي أبو الطيب ، والخامس : يسأل الزوج عن وقت الرجعة ، فإذا تبين وصدقته ، وإلا ثبت بيمينه ، وتسأل عن وقت انقضاء العدة ، فإن صدقها وإلا ثبت بيمينها ، ثم ينظر فيما ثبت من وقتيهمـا ، ويحكم للسابق منهمـا ، ولو قـال : لا نعلم حصول الأمرين مرتباً ، ولا نعلم السابق ، فالأصل بقاء العدة وولاية الرجعة .

الضرب الثاني : أن تكون العدة باقية ، واختلفا في الرجعة ، فالقول قوله على الصحيح . وقيل : قولها ، لأن الأصل عدم الرجعة ، فإن أرادها ، فلينشئها . فإذا قلنا بالصحيح ، فقد أطلق جماعة ، منهم البغوي ، أن إقراره ودعواه ، يكون إنشاءً ، وحكي ذلك عن القفال ، قال الشيخ أبو محمد : ومن قال به ، يجعل الاقرار بالطلاق إنشاءً أيضاً ، قال الإمام : هذا لا وجه له ، فإن الاقرار والانشاء يتنافيان ، فذلك إخبار عن مـاضٍ ، وهذا إحـداث في الحال ، وذلـك يدخله الصـدق والكذب ، وهـذا بخلافه .

فرع : قال : راجعتك اليوم ، فقـالت : انقضت عدتي قبـل رجعتك ، صـدقت هي ، نص عليه ، قال الأصحـاب : المراد إذا اتصـل كلامهـا بكلامـه ، قالـوا : وقولـه راجعت ، إنشاءٌ ، وقولهـا : انقضت عدتي إخبـار ، فيكون الانقضـاء سابقـاً على قولها .

القسم الثاني: إذا نكحت زوجاً بعد العدة، فجاء الأول وادعى الرجعة في العدة، فإن أقام بينة، فهي زوجته، سواء دخل بها الثاني أم لا، فإن دخل، فلها عليه مهر المثل، وإن لم تكن بينة، وأراد تحليفها، سمعت دعواه على الصحيح، فلو ادعى على الزوج، ففي سماع دعواه وجهان، أصحهما عند الإمام: لا، لأن الزوجة ليست في يده. والثاني: نعم، لأنها في حبالته وفراشه، وبهذا قطع المحاملي وغيره من العراقيين. فإذا ادعى عليها، فإن أقرت بالرجعة، لم يقبل إقرارها على الثاني، بخلاف ما لو ادعى على امرأة في حبال رجل أنها زوجته، فقالت: كنت زوجتك فطلقتني، فإنه يكون إقراراً له، وتجعل زوجة له، والقول قوله في أنه لم يطلقها[1] لأن هناك لم يحصل الاتفاق على الطلاق، وهنا حصل، والأصل عدم الرجعة، وتغرم المرأة للأول مهر مثلها، لأنها فوتت البضع عليه بالنكاح الثاني. وقال أبو إسحاق: لا غرم عليها، كما لو قتلت نفسها أو ارتدت، وإن أنكرت، فهل تحلف؟ فيه خلاف مبني على أنها لو أقرت هل تغرم؟ إن قلنا: لا، فإقرارها بالرجعة غير مقبول ولا مؤثر في الغرم، فلا تحلف، والأصح التحليف، فإن حلفت، سقطت دعواه، وإن نكلت، حلف وغرمها مهر المثل، ولا يحكم ببطلان نكاح الثاني وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينة على قول، لأنها لا تكون كالبينة في حق المتداعيين. وحكى الإمام وجهاً أنه يحكم ببطلان نكاح الثاني إذا قلنا: كالبينة، وإذا قبلنا الدعوى على الزوج الثاني، نظر، إن بدأ بالدعوى على الزوجة، فالحكم كما سبق، لكن إذا انقضت خصومتهما، بقيت دعواه على الثاني، وإن بدأ بالدعوى على الثاني، فإن أنكر، صدق بيمينه، وإن نكل، ردت اليمين على المدعي، فإن حلف، حكم بارتفاع نكاح الثاني، ولا تصير المرأة

---

(١) قال الشيخ البلقيني: يجب تقييده بما إذا لم تكن المرأة أقرت بالنكاح لمن هي تحته، فأما إذا أقرت ثم قالت ذلك لمن ادعى فإنها لا تنزع منه جزماً لأنه يؤدي إلى إبطال حق من أقرت له قبل ذلك بإقرارها بعده، وكذلك لو كان نكاح من هي تحته ثابتاً بالبينة فإنها لا تنزع بالاقرار المذكور، ولو فتح هذا الباب مطلقاً لأدى إلى أن الزوج لا يأمن بقاء عصمته أبداً لأن المرأة إذا أرادت انتقالها عنه، قالت هذه المقالة وذلك مما لا يصح في الشريعة فوجب تقييده بما تقدم وهذا مما يجب أن يتنبه له وقد ذكر المسألة الحاوي الصغير في العدة فأوردها على ما أطلقه الرافعي هنا والقيد لا بد منه وما ذكره الشيخ صرح به البغوي في الفتاوى كما ذكره الأذرعي والزركشي في الخادم وساقا لفظ الفتاوى وذكره أيضاً الشيخ جلال الدين البلقيني وساق لفظ الفتاوى وقد وقف على الفتاوى وفيها كما نقلوه. قاله البكري.

للأول بيمينه ، ثم إن قلنا : اليمين المردودة كالبينة ، فكأنه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح ، ولا شيء لها عليه ، إلا أن يكون دخل بها ، فعليه مهر المثل ، وإن قلنا : كالإقرار ، فإقراره عليها غير مقبول ، فلها عليه كمال المسمى إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن كان قبله . قال البغوي : والصحيح عندي ، أنها وإن جعلت كالبينة لا تؤثر في سقوط حقها من المسمى ، بل يختص أثر اليمين المردودة بالمتداعيين ، فإذا انقضت الخصومة بينهما ، فله الدعوى على المرأة ، ثم ينظر ، فإن بقي النكاح الثاني ، بأن حلف ، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا بدأ بها ، وإن لم يبق ، بأن أقر الثاني للأول بالرجعة ، أو نكل وحلف الأول ، فإن أقرت المرأة سلمت إليه ، وإلا فهي المصدقة باليمين ، فإن نكلت فحلف الأول ، سلمت إليه ، ولها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول ، وإلا فلا شيء عليه ، كما لو أقرت بالرجعة ، وكل موضع قلنا : لا تسلم إلى الأول ، لحق الثاني ، ذلك عند إقرارها ، أو نكولها ، ويمين الأول ، فإذا زال حق الثاني بموت وغيره ، سلمت إلى الأول ، كما لو أقر بحرية عبد في يد غيره ، ثم اشتراه ، حكم عليه بحريته .

فرع : إذا أنكرت الرجعة ، واقتضى الحال تصديقها ، ثم رجعت ، صدقت في الرجوع ، وقبل إقرارها نص عليه ، بخلاف ما [إذا][1] أقرت أنها بنت زيد من النسب ، أو الرضاع ، ثم رجعت وكذبت نفسها ، لا يقبل رجوعها ، ولو زوجت وهي ممن يعتبر رضاها ، فقالت : لم أرض بعقد النكاح ، ثم رجعت فقالت : رضيت وكنت نسيته ، فهل يقبل رجوعها أم لا ولا تحل إلا بعقد جديد ؟ وجهان : المنصوص الثاني ، نقله القاضي أبو الطيب ، ورجح الغزالي الأول[2] .

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) قال الشيخ البلقيني في التدريب : أن الذي نقله عن النص هو المعتمد .
وقال في الخادم ما قاله هنا يقيد بقيدين :
أحدهما : أن تكون دعواها قبل التمكين فإن مكنته ثم ادعت أنها زوجت بغير رضاها ، لم تسمع دعواها .
وقد نقل الرافعي ذلك عن فتاوى البغوي في اختلاف الزوجين .
الثاني : أن لا يوجد منها ما يقتضي الاعتراف بصحة النكاح ، فإن وجد منها ذلك لم يقبل ، ذكره البغوي في فتاويه المرتبة عن القاضي الحسين فقال : لو خالعت الزوج ثم ادعت بعد الخلع أنها زوجت بغير رضاها ، لم يقبل ذلك منها .

فرع : طلقها طلقة أو طلقتين ، وقال : طلقتها بعد الدخول ، فلي الرجعة ، فأنكرت الدخول ، فالقول قولها بيمينها . فإذا حلفت ، فلا رجعة ، ولا سكنى ، ولا نفقة ، ولا عدة ، ولها أن تتزوج في الحال ، وليس له أن ينكح أختها ، ولا أربعاً سواها ، حتى يمضي زمن عدتها ، ثم هو مقر لها بكمال المهر ، وهي لا تدعي إلا نصفه ، فإن كانت قبضت الجميع ، فليس له مطالبتها بشيء ، وإن لم تقبضه ، فليس لها إلا أخذ النصف ، فإذا أخذته ثم عادت واعترفت بالدخول ، فهل لها أخذ النصف الآخر ، أم لا بد من إقرار مستأنف من الزوج ؟ فيه وجهان حكاهما إبراهيم المروذي . وفي « شرح المفتاح » لأبي منصور البغدادي : أنه لو كانت قبضت المهر وهو عين ، وامتنع الزوج من قبول النصف ، فيقال له : إما أن تقبل النصف ، وإما أن تبرئها منه . ولو كانت العين المصدقة في يده ، وامتنعت من أخذ الجميع ، أخذه الحاكم ، وإن كان ديناً في ذمته ، قال لها : إما أن تبرئيه ، وإما أن تقبليه .

فرع : ادعت الدخول ، فأنكر ، فالقول قوله ، فإذا حلف ، فلا رجعة ولا نفقة ، ولا سكنى ، وعليها العدة ، فإن كذبت نفسها ، لم تسقط العدة ، وسواء اختلفا في الدخول قبل الخلوة أم بعدها على المشهور ، وحكينا في آخر فصل التعيين قولاً إن الخلوة ترجح جانب مدعي الدخول ، فيكون القول قوله بيمينه .

فرع : نص في « الأم » أنه لو قال : أخبرتني بانقضاء العدة ، ثم راجعها مكذِّباً ، لها ثم قالت : ما كانت عدتي انقضت وكذبت نفسها ، فالرجعة صحيحة ، لأنه لم يقر بانقضاء العدة بل حكى عنها .

فرع : قال المتولي : لو طلق زوجته الأمة ، واختلفا في الرجعة ، فحيث قلنا : القول قوله إذا كانت حرة ، فكذا هنا ، وحيث قلنا : قول الزوجة ، فهنا القول قول السيد ، وقال البغوي : القول قولها ، ولا أثر لقول السيد[1] .

قلت : واختار الشاشي ما ذكره المتولي ، وهو قوي . والله أعلم .

---

(١) قال المصنف من زيادته واختار الشاشي ما ذكره المتولي وهو قوي .
قال الشيخ البلقيني : بل هو ضعيف ، وخلاف نص الشافعي وهو قوله وهكذا لو كانت زوجته أمة وصدقته كانت كالحرة في جميع أمرها ، ولو كذبه مولاها لم أقبل قوله لأن التحليل بالرجعة والتحريم بالطلاق فيها ولها نص على ذلك في مختصر البويطي .

كتاب الايلاء(١)

فيه بابان .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

---

(١) وهي لغة : الحلف .
وشرعاً : من علق بالوطء مانعاً منه من حنث في يمين أو عتق أو طلاق ونحو ذلك . والأصل فيه كتاب الله عزّ وجلّ وسنة رسوله ﷺ .
فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴾ .
ومن السنة ما روى سهل بن أبي صالح عن أبيه أنه قال : سألت اثني عشر نفساً من أصحاب رسول الله ﷺ عن المولي فقال : يتربص أربعة أشهر ثم ليفيء أو ليطلق .
فدل على أن للإيلاء حكماً في الشرع .
ولقول النابغة :
وآليت لا آتيك إن كنت محرماً   ولا أبتغي جاراً سواك مجاورا
وقال القاضي أبو علي رحمه الله : وقد اختلف الناس في الإيلاء الشرعي الذي يتعلق به حكم الفيئة والطلاق ، فذهب الشافعي رحمه الله إلى أن الإيلاء الشرعي هو الذي يتعلق به حكم كما إذا حلف أن لا يصيبها أكثر من أربعة أشهر فهذا يكون مولياً يتربص أربعة أشهر، فإذا مضت طولب إما بالفيئة أو الطلاق، فإن حلف أن لا يصيبها أربعة أشهر فما دونها، فهذا ليس بإيلاء شرعي ولا يتعلق به حكم الفيئة والطلاق وإنما هو حلف إن وطىء في دون تلك المدة فقد حنث ، وإن ترك حتى مضت المدة فقد بَرَّ في يمينه ولا شيء عليه ، قال :
وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وذهب ابن عباس رضي الله عنهما إلى أن الإيلاء الشرعي هو الذي يحلف أن لا يصيبها أبداً ، فإذا حلف أن لا يصيبها مدة معلومة كان حلفاً وليس بإيلاء .
قال : وذهب الثوري وأبو حنيفة إلى أن الإيلاء هو أن يحلف أن لا يصيبها أربعة أشهر فما فوقها وما دون ذلك فهو حلف وليس بإيلاء فالخلاف معه في الأربعة أشهر لأنها عنده في حكم ما فوقها وعندنا في =

= حكم ما دونها . قال : وذهب الحسن البصري وابن أبي ليلى إلى أنه إذا حلف أن لا يصيبها مدة قلت أو كثرت ، فإنه إيلاء شرعي يتعلق به حكم الفيئة والطلاق حتى إذا مضت الأربعة أشهر طولب بأحدهما فاعتبروا اليمين على أن لا يصيبها ولم يعتبروا المدة ولكل دليل على ذلك ، فمن نصر قول ابن عباس رضي الله عنهما استدل بأن قال : الإيلاء هو اليمين الذي لا يتخلص عنها إلا بضرر وهو وجوب الكفارة وهو لا يكون إلا بعد أن يحلف أن لا يصيبها أبداً ، فإذا حلف أن لا يصيبها خمسة أشهر فأكثر ، فهذا يمكنه أن يتخلص منه بلا ضرر وهو أن يترك حتى تنقضي الأشهر الخمسة ثم يطأها ولا كفارة عليه كما لو قال لامرأته : والله لا أصبتك ببغداد لم يكن مولياً لأنه يمكن أن يتخلص منها بلا ضرر وهو أن يخرجها من بغداد فيطأها ، قيل هذا رد بدليل قوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ﴾ . . الآية .

فأخبر أن من آلى من زوجته فبعد التربص إما أن يفيء أو يطلق ، ولم يفرق بين أن يكون الإيلاء على التأبيد أو على مدة معينة ، فمن نصر قول الحسن وابن أبي ليلى استدل بقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ﴾ .

فأخبر الله تعالى أن للمولي تربص أربعة أشهر ثم يفيء أو يطلق ولم يفرق بين أن يكون الإيلاء على التأبيد أو على مدة معينة ، فمن نصر قول الحسن وابن أبي ليلى استدل بقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾ . ثم يفيء أو يطلق ، ولم يفرق بين أن يكون آلى أكثر من أربعة أشهر أو دونه ، فهو على عمومه ولأنه قصد الإضرار بها بالامتناع عن وطئها بعقد يمين فوجب أن يصير مولياً أصله إذا آلى منها فوق أربعة أشهر .

قال : والدليل على صحة قولنا من الآية قوله : ﴿ فإن الله غفور رحيم ﴾ فوصف تعالى نفسه بالغفران والرحمة إن فاء هو بعد التربص ، وهذا يقتضي أن تكون الفيئة بعد التربص ، فإذا كان الإيلاء قد وقع لشهر فما بعد الشهر يكون الوطء مباحاً والفعل المباح لا يصح أن يصف الله تعالى عند ذلك بأنه غفور رحيم لما فعل هذا الفعل المباح ، فدل على ما قلناه .

وجواب ثاني : وهو إذا آلى منها الشهر والشهرين لم يدخل عليها كبير ضرر إذ هي يمكنها أن تصبر هذه المدة ، فلذلك لم يكن في حكم الإيلاء وليس كذلك إذا زاد على أربعة أشهر فإنه يتكامل عليها الضرر ويكثر .

فكذلك جعلناه في حكم الإيلاء فلزمه الفيئة أو الطلاق ، ويؤيده ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه طاف ليلة في سكك المدينة فسمع امرأة تقول :

ألا طال هذا الليل وازورَّ جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا رب غيره ... لزعزعت من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه
ولكنني أخشى مليكاً موكلاً ... بأنفاسنا لا يفتر الدهر كاتبه

فلما كان ذلك استدعى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تلك المرأة فقال لها : أين زوجك؟ ، فقالت : بعث به إلى الغزو فاستدعى عمر رضي الله عنه نساء وسألهن عن المرأة كم تصبر عن الرجل ، فقلن تصبر شهرين ، ويقل صبرها في ثلاثة أشهر ، ويفنى في أربعة أشهر ، فجعل عمر رضي الله عنه مدة الغزو أربعة أشهر ويرد من في الغزو ويوجه قوماً آخرين مكانهم .

الأول : الحالف وله شروط .

الأول : كونه زوجاً[1] ، فلو قال لأجنبية : والله لا أطؤك تمحض يميناً ، فلو وطئها قبل النكاح أو بعده ، لزمه كفارة يمين ، ولا ينعقد الإيلاء ، حتى لو نكحها لا تضرب المدة . وفي « التتمة » وجه أنه إذا نكحها ، صار مؤلياً ، لأن اليمين باقية ، والضرر حاصل ، والصحيح الأول . ولو قال : إن تزوجتك فوالله لا وطئتك ، فهو كتعليق الطلاق بالملك ، ويصح الإيلاء من الرجعية ، ولا تحسب المدة عن الإيلاء ، فإذا رجع ، ضربت المدة .

الشرط الثاني : تصور الجماع ، فمن جُبَّ ذكره ، لا يصح إيلاؤه على المذهب . ومن آلى ثم جبَّ لا يبطل ايلاؤه على المذهب ولو شل ذكره ، أو قطع بعضه ، وبقي دون قدر الحشفة ، فهو كجب جميعه ، والإيلاء في الرتقاء ، والقرناء ، كإيلاء المجبوب . قال ابن الصباغ : لكن إذا صححناه ، لا تضرب مدة الإيلاء ، لأن الامتناع تسبب من جهتها ، كما لو آلى من صغيرة ، لا تضرب المدة حتى تدرك ، وحكي قول قديم : إنه لا يصح الإيلاء من الصغيرة والمريضة المضناة .

الشرط الثالث : البلوغ والعقل .

فرع : سواء في صحة الإيلاء ، العبد والأمة، والكافر وأضدادهم ، ولا ينحل الإيلاء بإسلام الكافر ، وإذا ترافع إلينا ذميان وقد آلى ، فإن أوجبنا الحكم بينهم ، حكم بشرعنا ، وإن لم نوجبه ، لم يجبر الحاكم الزوج على الفيئة ، ولا الطلاق ، ولم تطلق عليه ، بل لا بد من رضاه ، لأن الحكم على هذا القول إنما يجوز برضاهما ، فإذا لم يرضيا ، رددناهما إلى حاكمهم .

فرع : يصح إيلاء المريض والخصي ومن بقي من ذكره قدر الحشفة ،

---

(١) اكتفى بذكر الركن الأول وشروطه عن تعريفه في الشرع وعرفه الرافعي فقال : وفي الشرع هو الحلف على الامتناع من وطء الزوجة مطلقاً أو مدة تزيد على أربعة أشهر ومراده حلف الزوج ويعلم ذلك من قوله وطء الزوجة ، ولو صرح به كما في المحرر لكان أحسن .
وقال ابن الرفعة : إن تركه أولى فإن لفظه يخرج الرجعية إذا قلنا الطلاق الرجعي قاطع ، ومراده بقوله مطلقاً أن يطلق الحلف وفي معناه ما لو قيده بالتأبيد فلو قال مطلقاً أو مؤبداً لكان أ لى . كذا قاله في الخادم وقد يقال لا حاجة لقيد التأبيد لفهمه من الإطلاق .

والعربي بالعجمية ، وعكسه ، إذا عرف معنى اللفظ .

الركن الثاني : المحلوف به الامتناع من الوطء بلا يمين ، لا يثبت حكم الإيلاء ، وسواء كان هناك عذر أم لا ، وإذا حلف لا يطؤها أكثر من أربعة أشهر ، ثم طالبته بالوطء بعد أربعة أشهر ، فوطىء ، لزمه كفارة اليمين على المذهب وهو الجديد وأحد قولي القديم . والثاني : لا كفارة ، لقول الله تعالى : ﴿ **فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم** ﴾[1] . فإن وطئها قبل مضي المدة ، فقيل : تجب الكفارة قطعاً ، لأنه حنث باختياره من غير إلزام . وقيل : بطرد الخلاف ، لأنه بادر إلى ما يطالب به . ولو حلف أن لا يطأها أربعة أشهر فما دونها ، ثم وطىء ، لزمه الكفارة قطعاً ، لأنه ليس بمؤل ، وقيل : بطرد الخلاف ، وهو بعيد .

فصل : هل يختص الإيلاء باليمين بالله تعالى وصفاته ؟ فيه قولان . القديم : نعم . والجديد الأظهر : لا ، بل إذا قال : إن وطئتك ، فعليَّ صوم أو صلاة أو حج ، أو فعبدي حر ، أو فأنت طالق ، أو فضرتك طالق ، أو نحو ذلك ، كان مؤلياً ، وشرط انعقاده بهذه الالتزامات أن يلزمه شيء لو وطىء بعد أربعة أشهر ، فلو كانت اليمين تنحل قبل مجاوزة أربعة أشهر ، لم تنعقد . فلو قال : إن وطئتك ، فعليَّ أن أصلي هذا الشهر أو أصومه ، أو أصوم الشهر الفلاني ، وهو ينقضي قبل مجاوزة أربعة أشهر من حين اليمين ، لم ينعقد الإيلاء ، فلو قال : إن وطئتك ، فعلي صوم شهر ، أو الشهر الفلاني ، وهو يتأخر عن أربعة أشهر ، فهو مؤلٍ ، وكذا لو قال : إن وطئتك ، فعلي صوم الشهر الذي أطأ فيه ، ويلزمه صوم بقية ذلك الشهر إن أوجبنا في نذر اللجاج الوفاء بالملتزم . وفي قضاء اليوم الذي وطىء فيه ، وجهان مأخوذان من الخلاف ، فيمن نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه زيد . ولو قال : فعليَّ صوم هذه السنة ، فهو مؤلٍ إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر ، وإلا فلا . ولو قال : إن وطئتك ، فكل عبد يدخل في ملكي حر ، فهو لغو ، لأن تعليق العتق بالملك لغو ، وكذا لو قال : فعليَّ أن أطلقك ، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء . ولو قال : إن وطئتك ، فأنت طالق إن دخلت الدار ، أو فعبدي حر بعد سنة ، فقال القاضي حسين والبغوي : هو مؤلٍ ، وقال الشيخ أبو محمد والإمام : هو على الخلاف فيما

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

إذا قال : إن أصبتك ، فوالله لا أصبتك ، فيكون الراجح أنه لا يكون مؤلياً في الحال ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا أوجه .

فرع في مسائل تتفرع على الجديد : إحداها : قال : إن وطئتك ، فعبدي حر ، فمات العبد أو أعتقه ، انحل الإيلاء ، فإن زال ملكه ببيع أو هبة ونحوهما ، فكذلك ، فإن ملكه بعد ذلك ، ففي عود الإيلاء قولا عود الحنث ، ولو دبَّره أو كاتبه ، لم ينحل الإيلاء ، لأنه يعتق لو وطئها ، وكذا لو علق بالوطء عتق جارية ثم استولدها .

الثانية : قال : إن وطئتك ، فعبدي حر قبله بشهر ، فإنما يصير مؤلياً إذا مضى شهر من وقت تلفظه ، لأنه لو وطئها قبل تمام شهر ، لم يعتق ، وينحل الإيلاء بذلك الوطء ، فإذا مضى شهر ولم يطأ ، ضربت مدة الإيلاء ، ويطالب في الشهر الخامس ، هكذا قالوه ، ويجيء فيه وجه : أنه لو وطىء قبل الشهر ، عتق كما سبق في نظيره من الطلاق ، فعلى هذا يصير مؤلياً في الحال . فإذا قلنا بالصحيح ، فوطىء في مدة الإيلاء أو بعد توجه المطالبة بالفيئة أو الطلاق ، حكم بعتق العبد قبله بشهر ، وإن طلقها حين طولب ، ثم راجعها ، ضربت المدة مرة أخرى . وإن جدد نكاحها بعد العدة ، ففي عود الإيلاء قولا عود الحنث ، وإذا وطئها ، حكم بعتق العبد قبله بشهر بلا خلاف ، وإن وقع الوطء على صورة الزنا ، ولو باع العبد في الشهر الرابع ، فإن وطىء قبل تمام شهر من وقت البيع ، تبينا حصول العتق قبل البيع ، وإن تم من وقت البيع شهر ولم يطأ ، ارتفع الإيلاء ، لأنه لو وطىء بعد ذلك ، لم يحصل العتق قبله بشهر لتقدم البيع على شهر ، هكذا ذكره الجمهور . وحكى الفوراني والمتولي وجهاً أنه يطالب بعد تمام أربعة أشهر من وقت اللفظ ، لأنه ربما يطلقها ، والطلاق لا يستند .

الثالثة : قال : إن وطئتك ، فعبدي حر عن ظهاري ، فإن كان قد ظاهر ، صار مؤلياً ، لأنه وإن لزمته كفارة الظهار ، فعتق ذلك العبد بعينه ، وتعجيل الإعتاق عن الظهار زيادة التزمها بالوطء ، ثم إذا وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها ، فهل يعتق العبد عن الظهار ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، وطرد الخلاف في سائر التعليقات ، كقوله : إن دخلت الدار ، فأنت حر عن ظهاري ، وأما إذا لم يكن ظاهر ، فلا إيلاء

ولا ظهار فيما بينه وبين الله تعالى ، ولكنه مقر على نفسه بالظهار ، فيحكم في الظاهر بأنه مظاهر ومؤلٍ ، ولا يقبل قوله : إن لم يكن مظاهراً ، وإذا وطىء عاد في وقوع العتق عن الظهار في الظاهر الوجهان . ولو قال : إن وطئتك ، فعبدي حر عن ظهاري إن ظاهرت ، لم يكن مؤلياً في الحال ، فإن ظاهر ، صار مؤلياً ، لأن العتق يحصل حينئذ لو وطىء ، وقيل : في كونه مؤلياً في الحال قولان ، لقربه من الحنث ، كما لو قال لنسوة : والله لا جامعتكن ، والمذهب الأول . قال المتولي : ولو قال : إن وطئتك، فعبدي حر إن ظاهرت، ولم يقل: عن ظهاري، كان مؤلياً في الحال، فإذا قلنا بالمذهب ، وهو أنه لا يصير مؤلياً إلا إذا ظاهر ، فوطىء في مدة الإيلاء أو بعدها ، حصل العتق لوجود الظهار ، والوطء متأخر عنه ، ولا يقع هذا العتق عن الظهار باتفاق الأصحاب ، ولم لا يقع ؟ قال أبو إسحاق : لأن تعليق العتق سبق الظهار ، والعتق لا يقع عن الظهار إلا بلفظ يوجد بعده . وقال ابن أبي هريرة : لأنه لا يقع خالصاً عن الظهار ، لتأدِّي حق الحنث به ، فأشبه عتق القريب بنية الكفارة ، والأول أصح عند الأصحاب ، وبنوا على التعليلين ما لو قال : إن وطئتك ، فعبدي حر عن ظهاري إن ظاهرت ، وكان ظاهر ونسي ، فيكون مؤلياً في الحال ، وإذا وطىء ، عتق العبد عن الظهار عن التعليل الأول دون الثاني .

فرع : قال : إن وطئتك ، فلله عليَّ أن أعتق عبدي هذا عن ظهاري ، وكان ظاهر منها أو من غيرها ووجد العود ، فهل يكون مؤلياً ؟ يبنى على أن من في ذمته إعتاق رقبة فنذر على وجه التبرر أن يعتق العبد الفلاني عما هو عليه ، هل يتعين ذلك العبد أم لا ؟ النص وقول الجمهور : يتعين ، واختار المزني : أنه لا يتعين ، وخرجه على أصل الشافعي رحمه الله ، وعد الإمام هذا قولاً في المذهب وقال : تخريجه أولى من تخريج غيره[1] . ونقل الإمام أن القاضي حسيناً قال : لو نذر صرف زكاته

---

(١) قال الشيخ البلقيني : أما عدم التعيين فهو النص في المختصر ونص الأم في باب اليمين التي يكون الرجل بها مولياً قبل الإيلاء في الغصب على المسألة التي استشهد بها المولي في الصوم ولفظه ، فإن قال إن قربتك فلله عليّ أن أعتق فلاناً عن ظهاري وهو متظهر كان مولياً وليس عليه أن يعتق فلاناً عن ظهاره ، وعليه فيه كفارة يمين لأنه يجب لله عليه عتق رقبة فأي رقبة أعتقها غيره أجزأت عنه ، ولو كان عليه صوم يوم فقال لله عليّ أن أصوم يوم الخميس عن اليوم الذي عليّ لم يكن عليه صومه لأنه لم تنذر منه بشيء يلزمه ، وأن صوم يوم لازم له ، فأي يوم صامه أجزأ عنه ولو صامه بعينه أجزأ عنه من =

إلى معينين من الأصناف ، تعينوا ، وأن الأكثرين قالوا : لا يتعينون ، وفرقوا بقـوة العتق ، فإن قلنا : يتعين العبد المعين للإعتاق ، صار مؤلياً في الحال ، وإلا فـلا يكون مؤلياً ، فإن صححنا الإيلاء ، فطلق بعد المطالبة خرج عن موجب الإيلاء ، وكفارة الظهار في ذمته ، فيعتق عنها ذلك العبد أو غيره . وإن وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها ، لزمه ما يلزم في نذر اللجاج ، فإن قلنا : كفارة يمين ، نظر ، إن أطعم أو كسا ، فعليه الإعتاق عن الظهار ، وإن أعتقه أو عبداً آخر عن اليمين ، فعليه أيضاً الإعتاق عن الظهار . وإن قلنا : عليه الوفاء بما سمى ، أو خيرناه فاختار الوفاء وأعتق ذلك العبد عن ظهاره ، خرج عن عهدة اليمين . وفي إجزائه عن الظهار وجهان . أصحهما : الإجزاء .

المسألة الرابعة : قال : إن وطئتك ، فأنت طالق أو فأنت ثلاثاً ، فيطالب بعد مضي المدة . وفيما يطالب به ؟ وجهان ، أحدهما وبه قـال ابن خيران : يـطالب بالطلاق على التعيين ، ويمنع الوطء ، والثاني وهو الصحيح المنصوص : يـطالب بالفيئة ، أو الطلاق ، ولا يمنع من الوطء بتعليق الطلاق ، ويقال له : عليك النزع بمجـرد تغييب الحشفة ، فـإن وطىء قبل المـدة أو بعدهـا ، ونـزع بمجـرد تغيب الحشفة ، فذاك ، وإن مكث ، فـلا حد على الصحيـح ، لأن أول الوطء مبـاح . وحكى ابن القطان وغيره وجهاً ، أنه يجب الحد إذا علم تحريمه ، ولا يجب المهر على المذهب ، وفيه خلاف سبق في كتاب الصوم . وإن نزع ثم أولج ، فلا حد إن كـانت رجعية ، وحكم المهـر كما سبق في الـرجعية . وإن كـان علق به الـطلاق الثلاث ، فإن كانا جاهلين بالتحريم ، بأن أعتقد أن الطلاق لا يقـع إلا باستيعـاب

= الصوم الواجب لا من النذر ، وهكذا لو أعتق فلاناً عن ظهاره أجزأ عنه وسقطت عنه الكفارة ، وقال المصنف أيضاً ولم يخرج المزني عدم التعيين على ذلك ، بل خرج عدم إلزام الكفارة على ذلك وفي المسألة بسط ليس هذا موضعه فليتأمل . انتهى .

وقال في الخادم : قوله ووجد العود هذا ليس بقيد بل الحكم كذلك وإن لم يوجد العود ، ولهذا أطلق الشافعي في الأم التصوير ولم يقيده بذلك ، فإن قيل قبل العود في الظهار المؤقت ، لم يجب العتق ، فكيف يلزم نذر الإعتاق في العبد المعين عما لا يلزم ، قلنا . يجوز العتق بعد الظهار قبل العود على المذهب . قال وصورة المسألة أن يكون العبد المعين مما يجري في الكفارة ، فإن لم يكن فشبه تخريجه على أن ما في الذمة إذا عين عنه معيباً هل يلزمه وفيه وجهان في نظيره من الأضحية أصحهما اللزوم ، ثم ذكر كلاماً بعضه كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له وبعضه له وفيه نظر

الوطء في المجلس ، فلا حد للشبهة ، ويجب المهر ، ويثبت النسب والعدة . وإن كانا عالمين بالتحريم ، فوجهان . أصحهما : يجب الحد ، ولا مهر ولا نسب ولا عدة . والثاني : عكسه . وإن علم التحريم ، وجهلته ، فلا حد عليها ولها المهر ، وكذا لو علمت ولم تقدر على دفع الزوج ، وفي وجوب الحد عليه الوجهان ، وإن جهل هو التحريم وعلمته وقدرت على الدفع ، فالأصح أنه يلزمها الحد ولا مهر لها .

فرع : قال لغير المدخول بها : إن وطئتك ، فأنت طالق ، وقع بالوطء طلقة رجعية ، سواء قلنا : الطلاق المعلق بالصفة يقع بعدها أم معها .

المسألة الخامسة : قال : إن وطئتك ، فضرتك طالق ، فهو مؤلٍ عن المخاطب ، ومعلق طلاق الضرة ، فإن وطىء المخاطبة قبل مضي المدة أو بعدها ، طلقت الضرة ، وانحل الإيلاء ، وإن طلقها بعد المطالبة ولم يطأها ، سقطت المطالبة ولم يطأها ، وخرج عن موجب الإيلاء ، فإن راجعها بعد ذلك عاد حكم الإيلاء ، وهذا حكم كل إيلاء كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وإن بانت فجدد نكاحها ، ففي عود الإيلاء أقوال عود الحنث ، وهذا يشمل كل إيلاء ، فإن قلنا : يعود ، استؤنفت المدة من يوم النكاح ، نص عليه القاضي أبو الطيب وغيره . وسواء قلنا : يعود الإيلاء أم لا ، فطلاق الضرة يبقى معلقاً بوطء المخاطبة ، حتى لو وطىء المخاطبة بعد الرجعة أو التجديد ، وقع بلا خلاف[1] ، وكذا لو وطئها وهي بائن زانياً ، ولا يعود الإيلاء لو نكحها بعد ذلك لانحلال اليمين بوطء الزنا .

ولو ماتت الضرة ، انحل الإيلاء ، ولو طلقها ، لم يرتفع الإيلاء ولا المطالبة ما دامت في عدة الرجعية ، لأنه لو وطىء المخاطبة لطلقت ، فإذا انقضت أو أبان الضرة ، ابتدأ بخلع أو استيفاء عدد أو طلاق قبل الدخول ، ارتفع الإيلاء وسقطت المطالبة وإن كان ذلك بعد مضي مدة الإيلاء ، لأنه لو وطئها بعد ذلك ، لم يقع عليه طلاق . ثم إن وطىء المخاطبة ، انحلت اليمين ، ولا يعود إيلاؤها لو نكح الضرة ، وإن نكح الضرة قبل أن يطأها ، فعلى الخلاف في عود الحنث ، فإن قلنا : لا يعود ، لم يعد الإيلاء ، وإلا فيعود ، وإذا أعدناه ، فهل يستأنف المدة ، أم يبني ؟ وجهان ،

(١) هكذا فيما وقفت عليه من الروضة في غير نسخة ، واعترض الزركشي فقال في الخادم : وتعبيره بالعود وهم أو سبق قلم والصواب وقع الطلاق بلا خلاف ولعله وقع له نسخة فيها ذلك . قاله البكري

اختار الإمام والغزالي البناء ، وقطع البغوي وغيره بالاستئناف ، وهو أصح .

المسألة السادسة : قال لامرأتيه : إن وطئت إحداكما ، فالأخرى طالق ، فإما أن يعين بقلبه واحدة ، وإما لا ، فإن عين ، فهو مؤلٍ منها وحدها ، لكن الأمر في الظاهر مبهم ، فيقال له بعد المدة : بيّن التي أردتها ، فإن بين ، فلها مطالبته بالفيئة أو الطلاق ، والقول قوله بيمينه ، أنه لم يرد الأخرى ، وإن لم يبين وطالبتاه جميعاً[1] ، قال له القاضي : فيء إلى التي آليت منها ، أو طلقها ، فإن امتنع ، طلق القاضي إحداهما على الإبهام ، تفريعاً على أن القاضي يطلق على المؤلي إذا امتنع ، هكذا قاله ابن الحداد ، واعترض عليه القفال ، قال : لا يطلق القاضي إحداهما مبهمة ، لأنهما معترفتان بالاشكال ، فدعواهما غير مسموعة ، كما لو حضر رجلان عند القاضي ، وقال : لأحدنا على هذا ألف درهم ، وزاد المتولي فقال : هذا إذا جاءتا معاً وادعتا كذلك ، فلو انفردت كل واحدة ، وقالت : آلى مني ، فإن أقر بما قالتا ، أخذ بموجب إقراره ، وإن كذب الأولى ، تعين الإيلاء في الثانية . وقال كثير من الأصحاب : قول ابن الحداد صحيح ، لحصول الضرر ، فلا سبيل إلى إهمال الواقعة ، ولا إلى طلاق معينة ، فعلى هذا ، إذا طلق القاضي ، فقال الزوج : راجعت التي وقع عليها الطلاق ، ففي صحة الرجعة وجهان سبقا في الرجعة ، وبالصحة أجاب ابن الحداد ، فعلى هذا تضرب المدة مرة أخرى ، ويطلق القاضي

---

(١) قال له في أن التي آليت منها أو طلقها ، فإن امتنع طلق القاضي إحداهما على الإبهام تفريعاً على أن القاضي يطلق على المولي إذا امتنع ، هكذا قاله ابن الحداد واعترض عليه القفال وقال لا يطلق القاضي إحداهما مبهمة لأنهما معترفتان بالإشكال فدعواهما غير مسموعة كما لو حصر رجلان عند القاضي وقالا لأحدنا على هذا ألف درهم وزاد المتولي فقال هذا إذا جاءتا معاً وادعتا كذلك ، فلو انفردت كل واحدة وقالت آلى مني فإن أقر بما قالتا تأخذ بموجب إقراره إلى قوله ، والأصح أن الرجعة لا تصح على الإبهام .

قال الشيخ البلقيني : هذا غير مسلم ، فالخلاف في صحة الرجعة على الإبهام إذا كان الطلاق واقعاً على الإبهام ، وصورة المسألة التي يتكلمان فيها أن ينوي واحدة معينة وهذا مما يصح معه الرجعة قطعاً لأن الرجعة وردت على محل معين لعلمه المطلق ، فجواب ابن الحداد صحيح بتقدير أن يكون كلامه في صورة ما إذا أراد معينة ، وعليه جرى الشيخ أبو علي ، وأما القاضي أبو الطيب فإنه فهمه على الإبهام وهي الصورة التي ذكرها المصنف تبعاً لأصله بعد ذلك مع أنه ليس في كلام ابن الحداد أنه راجع حالة الإبهام ، وأخذ في الخادم كلام المصنف ولم يعزه له .

مرة أخرى على الابهام ، وهكذا إلى أن يستوفي الثلاث ، والأصح أن الرجعة لا تصح على الابهام ، بل تبين المطلقة ، ثم يراجعها إن شاء . فلو وطىء إحداهما قبل البيان ، قال الشيخ أبو علي : لا يحكم بطلاق الأخرى ، لأنا لا ندري أن التي نواها هي الموطوءة أم الأخرى ، ويبقى الأمر بالبيان كما كان . فإن قال : أردت الأخرى ، لم تطلق واحدة منهما ، وتطالبه الأخرى بالفيئة أو الطلاق . فإن وطئها ، طلقت الموطوءة الأولى ، وإن قال : أردت الإيلاء من الموطوءة ، طلقت الأخرى ، وخرج عن موجب الإيلاء ، هذا إذا عين بقلبه إحداهما ، فإن لم ينو معينة ، فالذي ذكره الشيخ أبو علي والبغوي ، أنه يكون مؤلياً منهما جميعاً ، لأن أية واحدة وطئها طلقت الأخرى ، ولحقه الضرر . ويشبه أن يقال : تكون مؤلياً من واحدة ، ويؤمر بالتعيين كما في الطلاق(1) ، وسيأتي مثله إن شاء الله تعالى فيما لو قال لنسوة : لا جامعت واحدة منكن ، ولم ينو ، ثم ذكر الشيخ أبو علي بناءً على جوابه ، أنه إذا طولب بالفيئة أو الطلاق ، فوطىء إحداهما ، طلقت الأخرى وتخلص من الايلائين ، ولو طلق إحداهما ، لم يسقط حكم الايلاء في الثانية ، لأن بالوطء تنحل اليمين ، ولا تنحل بالطلاق . حتى لو وطىء التي لم يطلقها ، وقعت طلقت أخرى على التي طلقها إذا كانت في عدة الرجعة . ولو قال : كلما وطئت إحداكما ، فالأخرى طالق ، ووطىء

(1) قال الشيخ البلقيني قوله تبعا لأصله ويشبه إلى آخره ليس بمسلم ، والذي ذكره الشيخ أبو علي والبغوي له معنى لطيف لم أر من تعرض له وهو أنه إنما يكون الإبهام المقتضي للتبعيض في المحل كإبهام المطلقة أو للمولى منها أو المظاهر منها لا في الشرط ألا ترى أنه لو قال إن كلمت أحداً من هذين الرجلين فإحدى زوجتي طالق ، فإنه ليس له أن يقول، أعين تعليقي في زيد دون عمر ولأبي عمرو دون زيد لأنه يؤدي إلى نقصان الشرط ، وذلك مما لا يجوز بخلاف لا أقرب واحدة منكن فإن المحلوف عليه هو المحل المتأخر بالامتناع ، واحتمل اللفظ امتناعه عن واحدة أو عن كل واحدة فإذا عين واحدة لم تخالف مقتضى ظاهر اللفظ بخلاف ما إذا عين واحدة في مسألة ابن الحداد ، فإنه يؤدي إلى نقصان الشرط وهو لا يحوز ، ثم لو سلم الرافعي ما بحثه لم يكن على إطلاقه ما لا يلاقي واحدة في مسألة لا أقرب واحدة منكن ، إنما هو عن قصد واحدة مبهمة ، فأما في حالة الإطلاق ففيه وجهان . الصحيح التعميم ، فكذلك ينبغي أن يكون على بحثه هنا . انتهى .
وذكر ذلك في الخادم ، وأشار المصنف بقوله قيل وما بحثه ممنوع ، ثم ساق كلام المصنف ثم أفاد أن ما بحثه الرافعي من كونه مولياً من واحدة منهما ولم يستحضر فيه نقلاً قد صححه القاضي أبو الطيب في شرح الفروع وقال عن مقابله انه خطأ لأن التي منع نفسه من وطئها بيمينه إحداهما دون الأخرى إلا أنها ليست معينة ، كما إذا قال إحداكما طالق ، لكن خالفه فيه صاحبه ابن الصباغ كما سيأتي في كلام الرافعي نعم ما وجه به الرافعي فيه نظر إلى آخر ما ذكره .

بعد المطالبة إحداهما ، طلقت الأخرى وتخلص عن الايلاء في حق الموطوءة ، ولا يتخلص بالكلية في حق الأخرى وأن سقطت المطالبة في الحال بوقوع الطلاق ، لأن اللفظ يقتضي التكرار ، فإذا راجعها ، عاد فيها الايلاء . وحكى ابن الصباغ كلام ابن الحداد ثم قال : ومن الأصحاب من قال : يكون مؤلياً منهما جميعاً ، قال : وهذا أصح . ولم يفرق بين ما إذا عين واحدة بقلبه ، وما إذا لم يعين ، ولا وجه لكونه مؤلياً منهما مع تعيين واحدة بقلبه بحال .

المسألة السابعة : سبق أن المؤلي من علق بالوطء مانعاً منه ، من حنث في يمين ، أو عتق أو طلاق ونحوها ، فلو لم يتعلق الحنث بالوطء ، بل كان مقرباً منه ، فقولان ، المشهور وهو الجديد ، وأخرى قولي القديم : لا يكون مؤلياً . والثاني من قولي القديم : يكون مؤلياً ، فإذا قال لأربع نسوة : والله لا أجامعكن ، لم يحنث إلا بجماعهن كلهن ، وإذا وطئهن ، لزمه كفارة واحدة ، لأن اليمين واحدة . ولو مات بعضهن قبل الوطء ، انحلت اليمين ، لأنه تحقق امتناع الحنث ، ولا نظر إلى تصور الايلاج بعد الموت ، فإن اسم الوطء يقع مطلقه على ما في الحياة . وقيل : إن البر والحنث ، يتعلقان بوطء الميتة . وأشار بعضهم إلى وجه فارق بين ما قبل الدفن وبعده ، ولا أثر لموت بعضهن بعد الوطء ، قال الإمام : والذي أراه أن الوطء في الدبر كهو في القبل في حصول الحنث .

قلت : هذا الذي قاله الإمام متفق عليه ، صرح به جماعات من أصحابنا ، وقد نقله صاحب « الحاوي » و « البيان » عن الأصحاب في القاعدة التي قدمتها ، أن الأصحاب قالوا : الوطء في الدبر كهو في القبل ، إلا في سبعة أحكام أو خمسة ، ليست اليمين منهما[1] . والله أعلم .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ما قاله الإمام غير متفق عليه ، بل مقتضى كلام المصنف أن الراجح خلافه ، وبيان ذلك أن أقضى القضاة الماوردي ذكر في كتاب الأيمان أن اليمين إذا كانت في حكم عام اللفظ خاص المعنى ، فإن ذلك التخصيص يكون بأحد خمسة أوجه : إما بتخصيص بالعقل أو بالشرع أو بالعرف أو بالاستثناء أو بالنية ، ثم لما أخذ في الكلام على التخصيص بالشرع ذكر أنه على ضربين : اسم وحكم ، ثم لما تكلم على الحكم قال مثل لحم الخنزير يرخص بالتحريم من عموم اللحوم المباحة ، ففي تخصيص العموم به في الأيمان وجهان :
أحدهما : يخص عمومه بالحكم الشرع كما خص الاسم الشرع فلا يحنث إذا حلف لا يأكل اللحم =

ولو طلقهن أو بعضهن قبل الوطء ، لم تنحل اليمين ، بل تجب الكفارة بالوطء بعد البينونة وإن كان زناً ، هذا حكم اليمين ، وأما الإيلاء ، ففيه طلاق ، المذهب منها : لا يكون مؤلياً في الحال ، فإن وطىء ثلاثاً منهن ، صار مؤلياً من الرابعة . وفي قولٍ : يكون مؤلياً من الجميع في الحال . فعلى المذهب : لو مات بعضهن قبل الوطء ، ارتفع حكم الإيلاء على الصحيح ، لحصول اليأس من الحنث . ولو مات بعضهن بعد الوطء ، لم يرتفع ، ولو طلق بعضهن قبل الوطء أو بعده ، فكذلك ، حتى لو أبان ثلاثاً منهن ووطئهن في البينونة زانياً ، صار مؤلياً من الباقية . ولو أبان واحدة قبل الوطء ، ووطىء الثلاث في النكاح ، ثم نكح المطلقة ، ففي عود الإيلاء قولا عود الحنث ، وحكم اليمين باق قطعاً ، حتى لو وطئها ، لزمه الكفارة . وإذا قلنا بالضعيف : إنه مؤل في الحال ، ضربنا المدة ، ولجميعهن المطالبة بعد المدة . فإن وطئهن أو طلقهن ، تخلص من الإيلاء ، وإن وطىء بعضهن ، ارتفع الإيلاء في حق من وطئها ، ولا يرتفع في حق المطلقة ، بل إذا راجعها ضربت المدة ثانياً .

فرع : قال للنسوة الأربع : والله لا أجامع كل واحدة منكن ، قال الأصحاب : يكون مؤلياً من كل واحدة ، ويتعلق بوطء كل واحدة الحنث ولزوم الكفارة ، قالوا : وتضرب المدة في الحال ، فإذا مضت ، فلكل واحدة المطالبة بالفيئة أو الطلاق ، فإن طلقهن ، سقطت المطالبة ، فإن راجعهن ، ضربت المدة ثانياً ، وإن طلق بعضهن ، فالباقيات على مطالبتهن . وإن وطىء إحداهن ، انحلت اليمين في حق الباقيات ، وارتفع الإيلاء فيهن على الأصح عند الأكثرين . وقيل : لا تنحل ولا ترتفع ، وجعلوا على هذا الخلاف ما لو قال : والله لا كلمت واحداً من

= باللحوم المحرمة ، ولو حلف لا يطأ لم يحنث بالوطء في الدبر أو ليطأن لا يبرأ إلا بالقبل .

قال والوجه الثاني : أنه لا تخصيص عموم الأيمان بالأحكام الشرعية فيحنث في اللحم بكل لحم ، وفي الوطء بكل وطء، وهذا الوجه الثاني هو الذي رآه الأئمة ثم أن المصنف رجح في باب الايمان في مسألة الحنث باللحوم المحرمة فيما إذا أطلق الحلف على اللحوم بعد أن حكى وجهين فقال : رجح الشيخ أبو حامد والروياني المنع ، والقفال وغيره الحنث ، قلت المنع أقوى . والله أعلم ، فمقتضاه ترجيح الوجه القائل بأنه عموم اليمين تخصيص بأحكام الشرع وهو الوجه القائل بأنه لا يحنث بالوطء في الدبر فليعلم أن في المسألة وجهين ؛ فإن المصنف اقتضى كلامه ترجيح خلاف مقالة الإمام . انتهى .

وجرى في الخادم على ما ذكره المصنف واعترض الحصر في الصور المذكورة وأنه قدم الكلام على ذلك في موضعه .

هذين الرجلين ونظائره ، هذا كلام الأصحاب ، ولك أن تقول : إن أراد بقوله : لا أجامع كل واحدة تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق بصواحبها ، فالوجه بقاء الإيلاء في الباقيات ، وإلا فينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم قوله : والله لا أجامعكن على ما سبق .

فرع : قال : والله لا أجامع واحدة منكن ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يريد الامتناع عن كل واحدة ، فيكون مؤلياً منهن كلهن ، ولهن المطالبة بعد المدة ، فإن طلق بعضهن ، بقي الإيلاء في حق الباقيات ، وإن وطىء بعضهن ، حصل الحنث ، لأنه خالف قوله : لا أطأ واحدة منكن ، وتنحل اليمين ، ويرتفع الإيلاء في حق الباقيات .

الحال الثاني : أن يقول : أردت الامتناع عن واحدة منهن لا غير ، فيقبل قوله ، لاحتمال اللفظ . وقال الشيخ أبو حامد : لا يقبل ، للتهمة ، والصحيح الأول ، ثم قد يريد معينة ، وقد يريد مبهمة ، فإن أراد معينة ، فهو مؤلٍ منها ، ويؤمر بالبيان كما في الطلاق ، فإذا بين ، وصدقه الباقيات ، فذاك ، فإن ادعت غيرالمعينة أنه أرادها ، وأنكر ، صدق بيمينه ، فإن نكل ، حلفت المدعية ، وحكم بأنه مؤلٍ منها أيضاً ، فلو أقر في جواب الثانية أنه نواها ، وأخذناه بموجب الإقرارين ، وطالبناه بالفيئة أو الطلاق ، ولا يقبل رجوعه عن الأولى ، وإذا وطئهما في صورة إقراره ، تعددت الكفارة ، وإن وطئهما في صورة نكوله ويمين المدعية لم تتعدد الكفارة ، لأن يمينها لا تصلح لإلزامه الكفارة .

ولو ادعت واحدة أولاً ، أنك أردتني ، فقال : ما أردتك أو ما آليت منك، وأجاب بمثله الثانية والثالثة ، تعينت الرابعة للإيلاء ، وإن أراد واحدة مبهمة ، أمر بالتعيين .

وقال السرخسي : ويكون مؤلياً من إحداهن لا على التعيين ، فإذا عين واحدة ، لم يكن لغيرها المنازعة ، ويكون ابتداء المدة من وقت اليمين ، أم من وقت التعيين ؟ وجهان بناءً على الخلاف في الطلاق المبهم إذا عينه ، هل يقع من اللفظ أم من التعيين ؟ وإن لم يعين ، ومضت أربعة أشهر فقالوا : تطالب إذا طلبن بالفيئة أو الطلاق ، وإنما يعتبر طلبهن كلهن ليكون طلب المؤلي منها حاصلاً ، فإن امتنع ،

طلق القاضي واحدة على الإبهام ، ومنع منهن إلى أن يعين المطلقة ، وإن فاء إلى واحدة أو ثنتين ، أو ثلاث ، أو طلق ، لم يخرج عن موجب الإيلاء . وإن قال : طلقت التي آليت منها ، خرج عن موجب الإيلاء ، لكن المطلقة مبهمة ، فعليه التعيين هذا هو المذهب في الحال الذي نحن فيه ، ووراءه شيئان . أحدهما : قال المتولي : إذا قال : أردت مبهمة ، قال عامة الأصحاب : تضرب المدة في حق الجميع ، فإذا مضت ، ضيق الأمر عليه في حق من طالب منهن ، لأنه ما من امرأة إلا ويجوز أن يعين الإيلاء فيها ، وظاهر هذا أنه مؤلٍ من جميعهن ، وهو بعيد : الثاني : حكى الغزالي وجهاً ، أنه لا يكون مؤلياً من واحدة منهن ، حتى يبين إن أراد معينة ، أو يعين إن أراد مبهمة ، لأن قصد الإضرار حينئذ يتحقق . وحكى الإمام هذا الوجه عن الشيخ أبي علي على غير هذه الصورة ، فقال : روى وجهاً : أنه إذا قال : أردت واحدة ، لا يؤمر بالبيان ، ولا بالتعيين ، بخلاف إبهام الطلاق ، لأن المطلقة خارجة عن النكاح ، فإمساكها منكر ، بخلاف الإيلاء .

الحال الثالث : أن يطلق اللفظ ، فلا ينوي تعميماً ولا تخصيصاً ، فهل يحمل على التعميم ، أم على التخصيص بواحدة ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، وبه قطع البغوي وغيره .

المسألة الثامنة : قال : والله لا أجامعك سنة إلا مرة ، فقولان ، أظهرهما وهو الجديد ، وأحد قولي القديم : لا يكون مؤلياً في الحال ، لأنه لا يلزمه بالوطء الأول شيء ، فإن وطئها ، نظر ، إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر ، فهو مؤل من يومئذ ، وإن بقي أربعة فأقل ، فهو حالف وليس بمؤل ، والقول الثاني : يكون مؤلياً في الحال ، فيطالب به بعد مضي المدة . فإن وطيء ، فلا شيء عليه ، لأن الوطأة الأولى مستثناة ، وتضرب المدة ثانياً إن بقي من السنة مدة الايلاء ، وعلى هذا القياس لو قال : لا أجامعك إلا عشر مرات ، أو عدداً آخر ، فعلى الأظهر : لا يكون مؤلياً في الحال ، وإنما يكون مؤلياً إذا وطيء ذلك العدد وبقي من السنة مدة الايلاء ، وعلى الضعيف : يكون مؤلياً في الحال ، ولو قال : إن أصبتك ، فوالله لا أصبتك ، فقيل : بإجزاء القولين في كونه مؤلياً في الحال ، والمذهب : القطع بالمنع .

والفرق أن هناك عقد اليمين في الحال ، واستثنى وطأة ، وهنا اليمين غير

منعقد في الحال ، وإنما ينعقد إذا أصابها ، وإثبات الايلاء قبل اليمين ، ويجري الخلاف فيما لو قال : إن وطئتك ، فوالله لا دخلت الدار . ولو قال : والله لا أجامعك سنة إلا يوماً ، فهو كقوله : إلا مرة . ولو قال : لا أجامعك في السنة إلا مرة ، فتعريف السنة بالألف واللام يقتضي السنة العربية التي هو فيها ، فإن بقي منها مدة الايلاء ، ففيه القولان ، كما لو قال : سنة ، وإلا فلا إيلاء قطعاً .

فرع : قال : لا أجامعك سنة إلا مرة ، فمضت سنة ولم يطأ ، فهل تلزمه كفارة لاقتضاء اللفظ الوطء ، أم لا ، لأن المقصود منع الزيادة ؟ فيه[1] وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : أصحهما : لا كفارة . والله أعلم .

فلو وطىء في هذه الصورة ، ونزع ، ثم أولج ثانياً ، لزمه كفارة بالايلاج الثاني ، لأنه وطء جديد ، هذا هو الصحيح ، وفي وجه : لا كفارة ، لأنه وطء واحد عند أهل العرف .

فصل : قال : والله لا أجامعك ، ثم قال لضرتها : أشركتك معها ، أو أنت شريكتها أو مثلها ، ونوى الايلاء ، لم يصر مؤلياً من الثانية ، لأن اليمين إنما تكون باسم الله تعالى أو صفته ، حتى لو قال به : لأفعلن كذا ، وقال : أردت بالله تعالى ، لم ينعقد يمينه[2] ، ولو ظاهر منها ثم قال للضرة : أشركتك معها ، صار مظاهراً من الثانية أيضاً على الأصح . وإن آلى منها بالتزام طلاق أو عتاق ، وقال للضرة : أشركتك معها ، سألناه ، فإن قال : أردت أن الأولى لا تطلق إلا إذا أصبت الثانية مع إصابة الأولى وجعلتها شريكتها في كون إصابتها شرطاً لطلاق الأولى ، لم يقبل . وإذا وطىء الأولى ، طلقت ، وإن قال : أردت أني إذا أصبت الأولى طلقت الثانية أيضاً ، قبل ، لأن الطلاق يقع بالكناية ، فإذا وطىء الأولى ، طلقتا ، وفي الحالتين لا يكون

(١) سقط في « ط » .

(٢) مراده أن اليمين بالله تعالى إنما تكون باسمه مظهراً لا مضمراً ولا مقدراً ، ولهذا أردفه الرافعي أي والمصنف بقوله حتى لو قال بـه لأفعلـن كذا ، وقال أردت بالله تعالى ، لم ينعقد يمينه ، وقال قبله لأن عماد اليمين بالله تعالى ذكر اسم معظم فلا ينعقد بالكناية في المحلوف به غير المحلوف عليه فإنه يدخله الكناية كما سيأتي في كتاب الايمان .

مؤلياً من الثانية . وإن قال : أردت تعليق طلاق الثانية بوطئها بنفسها ، كما علقت طلاق الأولى بوطئها ، ففي صحة هذا التشريك وجهان . أصحهما : الصحة ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، فعلى هذا ، يكون مؤلياً من الثانية ، إذا قلنا : ينعقد الايلاء بغير اسم الله تعالى ، ويجري هذا التفصيل ، فيما لو علق طلاق امرأة بدخول الدار وسائر الصفات ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها ، ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، لا بل هذه ، وأشار إلى امرأة أخرى ، فإن قصد أن يطلق الثانية إذا دخلت الأولى الدار ، طلقتا جميعاً بدخول الأولى ، سواء قصد ضم الثانية إلى الأولى ، أو قصد طلاق الثانية عند دخول الأولى . وإن قال : أردت تعليق طلاق الثانية بدخول نفسها ، ففي قبوله وجهان ، كما ذكرنا في لفظ الاشراك في اليمين . واختار القفال منهما : أنه لا يقبل ، ويحمل على تعليق طلاقها بدخول الأولى ، حتى إذا دخلت ، طلقتا جميعاً . قال : ولو علق طلاق واحدة بدخول الدار ، وقال لأخرى : أشركتك معها ، وقلنا : لا يصح التشريك ، لم تطلق بدخول الدار .

فرع : قال رجل لآخر : يميني في يمينك ، قال البغوي وغيره : إن أراد أنه إذا حلف الآخر صرت حالفاً ، لم يصر حالفاً بحلف الآخر ، سواء حلف بالله تعالى أم بالطلاق . وإن كان الآخر قد طلق زوجته ، أو حنث في يمين الطلاق ، فقال : أردت أن امرأتي طالق كامرأته ، طلقت : وإن أراد متى طلق امرأته طلقت امرأتي ، فإذا طلق الآخر ، طلقت هذه .

فصل : ذكرنا في « كتاب الطلاق » ، أنه إذا قال : أنت عليّ حرام ، ونوى الطلاق ، أو الظهار ، وقع ما نوى ، وأنه لو نوى تحريم عينها ، لزمه كفارة يمين . وأن الصحيح وجوب تلك الكفارة في الحال . وفي وجه : إنما يجب إذا وطئها ، وأنه على هذا الوجه يكون مؤلياً ، وأنه لو قال : أردت به الامتناع من الوطء ، ففي قبوله وجهان . أحدهما : يكون مؤلياً في الحال ، وأصحهما : لا يكون مؤلياً ، لأن اليمين بالله تعالى لا تنعقد إلا باسم معظم ، فعلى هذا يلزمه الكفارة في الحال إذا قلنا : إن مطلق هذه اللفظة يوجبها . ولو قال : أردت بقولي : أنت عليّ حرام إن وطئتك ، فأنت عليّ حرام ، لم يقبل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأنه يريد تأخير الكفارة ، وهذا اللفظ يقتضي وجوبها في الحال . وفي « التتمة » أنه مبني على أن

للإمام أن يأمره بإخراج الكفارة ، فأما إن قلنا : ليس له الأمر بإخراج الكفارة ، فلا يتعرض له . ورأى صاحب « الشامل » « والتتمة » ، أن يؤاخذ بموجب الايلاء لإقراره بأنه مؤل .

فرع : قال : إن جامعتك ، فأنت عليّ حرام ، فإن أراد الطلاق أو الظهار ، كان مؤلياً إذا فرعنا على الجديد ، وإن أراد تحريم عينها ، أو طلق وقلنا : مطلقه يوجب الكفارة ، فمؤل ، وإن قلنا : لا يوجبها ، فلا .

فصل : الايلاء يقبل التعليق ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، فوالله لا أجامعك ، صار مؤلياً عند دخول الدار . ولو قال : والله لا أجامعك إن شئت ، وأراد تعليق الايلاء بمشيئتها ، اشترط في كونه مؤلياً مشيئتها ، وتعتبر مشيئتها على الفور على الأصح ، كما يعتبر في الطلاق على الفور على المذهب ، وإنما اختلف الترجيح ، لأن الطلاق في معنى التمليك ، فتأكد اشتراط الفور كالبيع ، ولو علق لا على سبيل خطابها ، بأن قال: والله لا أجامع زوجتي إن شاءت، أو قال لأجنبي : والله لا أجامع زوجتي ان شئت ، لم يعتبر الفور على الأصح . ولو قال : إن شاء فلان ، أو قال لها : متى شئت ، لم يعتبر الفور قطعاً ، وكل هذا كما سبق في الطلاق . فأما إذا أراد تعليق فعل الوطء بمشيئتها ، كأنه قال : لا أجامعك إن شئت أن لا أجامعك ، فلا يكون مؤلياً ، كما لو قال : لا أجامعك إلا برضاك ، لأنها متى رغبت فوطئها لا يلزمه شيء .

قال الإمام : ولو قال : لا أجامعك متى شئت ، وأراد أني أجامعك إذا أردت أنا ، لم يكن مؤلياً ، لأنه تصريح بمقتضى الشرع ، قال : فإن أطلق ، ففي تنزيله على تعليق الايلاء وجهان . ولو قال : لا أجامعك إلا أن تشائي ، أو ما لم تشائي ، وأراد الاستثناء عن اليمين ، أو تعليقها ، ففي « التهذيب » وغيره ، أنه يكون مؤلياً ، لأنه حلف وعلق رفع اليمين بالمشيئة . فإن شاءت أن يجامعها على الفور ، ارتفع الايلاء ، وإن لم تشأ أو شاءت بعد وقت المشيئة ، فالايلاء بحاله ، وكذا الحكم لو قال : لا أجامعك حتى يشاء زيد ، فإن شاء أن يجامعها قبل مدة الايلاء أو بعدها ، ارتفعت اليمين ، وإن لم يشأ المجامعة حتى مضت مدة الايلاء ، سواء شاء أن لا يجامعها ، أم لم يشأ شيئاً ، فهل يكون مؤلياً لحصول الاضرار في المدة ؟ فيه وجهان

سيأتيان إن شاء الله تعالى في نظائرها . وإن مات زيد قبل المشيئة ، صار مؤلياً ، ثم إن قلنا : في حال حياته إذا مضت المدة بلا مشيئة يجعل مؤلياً ، فهنا تحسب المدة من وقت اللفظ ، فإن مات زيد بعد تمامها ، توجهت المطالبة في الحلال . وإن قلنا هناك : لا يجعل مؤلياً ، ضربت المدة من وقت الموت . ولو قال : لا أجامعك إن شئت أن أجامعك ، فإنما يصير مؤلياً إذا شاءت أن يجامعها . وفي اعتبار الفور ، ما سبق ، وإذا أطلق قوله : إن شئت ، حملناه على عدم مشيئته المجامعة ، كما سبق ، لأنه السابق إلى الفهم .

فصل : سواء في الايلاء حالة الرضى والغضب .

فصل : قال : إن وطئتك فأنا زان ، أو فأنت زانية ، لم يكن مؤلياً ، ولا يصير بوطئها قاذفاً . قال السرخسي : ويلزمه التعزير ، كما لو قال : المسلمون كلهم زناة ، ولزوم التعزير لا يجعله مؤلياً ، لأنه يتعلق بنفس اللفظ .

الركن الثالث : المدة ، فإن حلف على الامتناع أبداً ، أو أطلق ، فهو مؤل ، وإن قيد بزمان ، فهو قسمان .

أحدهما : أن يقدر الزمان ، فإن كان أربعة أشهر فما دونها ، فليس بمؤل ، والذي جرى منه يمين أو تعليق كما يجري في سائر الأفعال ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، كان مؤلياً . قال الإمام : ويكفي في كونه مؤلياً أن يزيد على أربعة أشهر أقل قليل ، ولا يعتبر أن تكون الزيادة بحيث تتأتى بالمطالبة في مثلها . فإذا كانت الزيادة لحظة لطيفة ، لم تتأت المطالبة لأنها إذا مضت تنحل اليمين ، ولا مطالبة بعد انحلال اليمين . وفائدة كونه مؤلياً في هذه الصورة ، أنه يأثم لإيذائها ، وقطع طمعها في الوطء في المدة المذكورة . ولو حلف لا يجامعها أربعة أشهر ، ثم أعاد اليمين بعد مضي تلك المدة ، وهكذا مرات ، فلا يكون مؤلياً قطعاً . ولو وصل اليمين فقال : والله لا أجامعك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا أجامعك أربعة أشهر ، وهكذا مراراً ، فليس بمؤل على الأصح . قال الإمام : وهل يأثم الموالي بين هذه الأيمان كما ذكرنا ، فيما إذا زادت اليمين على أربعة أشهر بلحظة لطيفة ، يحتمل أن لا يأثم لعدم الايلاء ، ويحتمل أن يأثم إثم الايذاء والاضرار ، لا إثم المؤلين .

قلت : الراجح تأثيمه . والله أعلم .

فرع : قال : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، فإذا مضت ، فوالله لا أجامعك سنة ، فلها المطالبة بعد مضي أربعة أشهر بموجب اليمين الأولى ، فإن أخرت المطالبة حتى يمضي الشهر الخامس ، فلا مطالبة بموجب تلك اليمين ، لانحلالها ، وإن طالبته في الخامس ، ففاء إليها ، خرج عن موجب الايلاء الأول ، فإذا مضى الخامس ، استحقت مدة الايلاء الثاني . وإن طلق ، سقطت عنه المطالبة في الحال ، فإن راجعها في الشهر الخامس ، لم تضرب المدة في الحال ، لأن الباقي من مدة اليمين الأولى قليل ، فإذا انقضى الخامس ، ضربت المدة للايلاء الثاني . ولو وطئها بعد الرجعة في باقي الشهر ، انحلت اليمين وتلزمه الكفارة على المذهب ، وإن قلنا : إن المؤلي إذا فاء لا كفارة عليه . وإن راجعها بعد الشهر الخامس ، نظر ، إن راجع بعد سنة من مضي الخامس ، فلا إيلاء ، لانقضاء المدتين وانحلال اليمين ، وإن راجع قبل تمام السنة ، فإن بقي أربعة أشهر فأقل ، فلا إيلاء ، وإن بقي أكثر ، عاد الايلاء ، وضربت المدة في الحال . ولو جدد نكاحها بعد البينونة ، ففي عود الايلاء حنث يعود لو راجعها ، خلاف عود الحنث ، وتبقى اليمين ما بقي شيء من المدة ، وإن لم يعد الايلاء ، حتى لو راجع ، وقد بقي من السنة أقل من أربعة أشهر ، فوطئها في تلك البقية ، لزمه الكفارة ، ولو عقد اليمين على مدتين تدخل إحداهما في الأخرى بأن قال : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، ثم قال : والله لا أجامعك سنة ، فإذا مضت أربعة أشهر ، فلها المطالبة ، فإن فاء انحلت اليمينان ، وإذا أوجبنا الكفارة ، فالواجب كفارة ، أم كفارتان ؟ فيه خلاف يجري في كل يمينين يحنث الحالف فيهما بفعل واحد ، بأن حلف لا يأكل خبزاً ، وحلف لا يأكل طعام زيد ، فأكل خبزه ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى ، وإن طلقها ثم راجعها ، أو جدد نكاحها ، فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقل ، لم يعد الايلاء ، وتبقى اليمين . وإن بقي أكثر من أربعة أشهر ، عاد الايلاء في الرجعية ، وفي التجديد خلاف عود الحنث، هذا هو الصحيح المعروف في المذهب. وفي «التتمة» أن السنة تحسب بعد انقضاء الأشهر الخمسة ، فيكون كالصورة السابقة ، ولو قال : إذا مضت خمسة أشهر ، فوالله لا أجامعك ، كان مؤلياً بعد مضي الخمسة .

القسم الثاني : أن يقيد الامتناع عن الوطء بمستقبل لا يتعين وقته ، فينظر ، إن كان المعلق به مستحيلاً ، كقوله : حتى تصعدي السماء ، أو تطيري ، أو كان أمراً

يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر ، وإن كان محتملاً كقوله : حتى ينزل عيسى ابن مريم ﷺ[١] ، أو حتى يخرج الدجال ، أو يأجوج ومأجوج ، أو تطلع الشمس من مغربها ، أو بأمر يعلم تأخره عن أربعة أشهر ، كقوله : حتى يقدم فلان ، أو أدخل مكة والمسافة بعيدة لا تقطع ، في أربعة أشهر ، فهو مؤل . فلو قال في مسألة القدوم : ظننت المسافة قريبة ، فهل يصدق بيمينه ؟ ذكر فيه الإمام احتمالين ، والأقرب تصديقه . وفي شرح « مختصر الجويني » للموفق بن طاهر ، أن في التعليق بنزول عيسى ابن مريم ﷺ وما في معناه ، لا يقطع بكونه مؤلياً في الحال ، ولكن ينتظر ، فإذا مضت أربعة أشهر ، ولم يوجد المعلق به تبينا أنه كان مؤلياً ومكنّاها من المطالبة ، والصحيح المعروف الأول ، وإن كان المعلق به مما يتحقق وجوده قبل أربعة أشهر ، كذبول البقل وجفاف الثوب ، وتمام الشهر ، أو يظن ، كمجيء المطر في وقت غلبة الأمطار ، ومجيء زيد من القرية ، وعادته المجيء للجمعة ، أو مجيء القافلة وعادتها غالباً المجيء كل شهر ، فليس بإيلاء ، وإنما هو عقد يمين ، فإن كان المعلق به مما لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر ، ولا يظن ، كقوله : حتى يدخل زيد الدار ، أو أمرض ، أو يمرض فلان ، أو يقدم وهو على مسافة قريبة ، وقد تقدم ، وقد لا يحكم بكونه مؤلياً في الحال ، فإن مضت أربعة أشهر ، ولم يوجد المعلق به ، فوجهان ، أحدهما : ثبت الايلاء ، وتطالبه ، لحصول الضرر ، وتبين طول المدة ، وأصحهما : لا ، لأنه لم يتحقق قصد المضارة أولاً ، وأحكام الايلاء منوطة بـه لا بمجرد الضرر بالامتناع من الوطء ، ولهذا لو امتنع بلا يمين ، لم يكن مؤلياً . ولو وطىء قبل وجود المعلق به ، وجبت الكفارة بلا خلاف ، ولو وجد المعلق به قبل الوطء ، ارتفعت اليمين بلا خلاف .

فرع : قال : لا أجامعك حتى أموت ، أو تموتي ، أو قال : عمري أو عمرك ، فهو مؤل لحصول اليأس مدة العمر . ولو قال : حتى يموت فلان ، فمؤل

---

(١) وهو ما ثبت بالأحاديث الثابتة عن رسول الله ﷺ منها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : والذي نفسي بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكماً عدلاً فيكسر الصليب ويقتل الحنزير ويضع الجزية ويفيض المال حتى لا يقبله أحد ، حتى تكون السـجدة الواحدة خيراً من الدنيا وما فيها .
متفق عليه (أخرجه البخاري في الصحيح ٤ / ٤٤١٤ حديث ٢٢٢٢) .
(ومسلم في الصحيح ١ / ١٣٥ حديث ٢٤٢ / ١٥٥) .

على الأصح عند الأكثرين .

فرع : قال : لا أجامعك حتى تفطمي ولدك ، نقل المزني أن الشافعي رحمه الله قال : يكون مؤلياً ، قال : وقال في موضع آخر : لا يكون مؤلياً ، واختاره ، فأوهم أن في المسألة قولين ، وبه قال ابن القطان . وقال الجمهور : لا خلاف في المسألة ، ولكن ينظر إن أراد وقت الفطام ، فإن بقي أكثر من أربعة أشهر إلى تمام الحولين ، فمؤل ، وإلا فلا ، وإن أراد فعل الفطام ، فإن كان الصبي لا يحتمله إلا بعد أربعة أشهر لصغر أو ضعف بنية ، فمؤل ، وإن كان يحتمله لأربعة أشهر فما دونها ، فهو كالتعليق بدخول الدار ونحوه ، والنصان محمولان على الحالين .

فرع : قال : لا أجامعك حتى تحبلي ، فإن كانت صغيرة أو آيسة ، فهو مؤل ، وإلا فكالتعليق بالقدوم من مسافة قريبة ودخول الدار .

فرع : إذا علق بالقدوم أو الفطام ، ولم يحكم بكونه مؤلياً ، فمات المعلق بقدومه قبل القدوم ، أو الصبي قبل الفطام ، فهو كقوله : حتى يشاء فلان فمات قبل المشيئة ، وقد ذكرناه .

فرع : قال : والله لا أجامعك ، ثم قال : أردت شهراً ، دُيِّن ، ولم يقبل ظاهراً .

الركن الرابع : المحلوف عليه ، وهو ترك الجماع ، فالحلف بالامتناع عن سائر الاستمتاعات ، ليس بإيلاء ، والألفاظ المستعملة في الجماع ضربان ، صريح ، وكناية ، فمن الصريح لفظ النيك ، وقوله : لا أغيب في فرجك ذكري ، أو حشفتي[1] ، أو لا أدخل ، أو أولج ذكري في فرجك ، أو أجامعك بذكري ، وللبكر : لا أفتضك بذكري . فلو قال في شيء من هذا أردت غير الجماع ، لم

(١) أي صريح ، قال الأذرعي : قال الجيلي : الصواب أن يقول أي صاحب التنبيه لا أغيب حشفتي في فرجك لأنه إن أراد تغييب جميع الذكر ، لم يكن مولياً كما لو قال لا أستوفي الايلاج ، وإن أراد أني لا أغيب شيئاً من ذكري يقبل لكن لا يكون صريحاً فيما يتعلق بصحة الايلاء لأن الذكر عند الاطلاق يحمل على جميعه ، ويطلق على البعض بدليل « من مس ذكره فليتوضأ » .
قال ابن الرفعة في الكفاية وهو استدراك حسن وإن كان لفظ الأئمة ما سبق ، وقال في المطلب : لعل الممكن في جوابه أنه عبر بالذكر عن الحشفة لأنها العمدة في ترتيب الأحكام .

يدين ، لأنه لا يحتمل غيره ، ولفظ الجماع والوطء أيضاً صريحان ، لكن لو قال : أردت بالجماع الاجتماع ، وبالوطء الوطء بالقدم ، دين ، وقيل : إنهما كنايتان ، وهو شاذ مردود . ولو قال للبكر : لا أفتضك ولم يقل : بذكري ، فهو صريح[1] ، فإن قال : لم أرد الجماع ، لم يقبل ظاهراً وهل يدين ؟ وجهان . الأصح : نعم .

قال الإمام : ولو قال : أردت به الضم والالتزام ، لم يدين على الأصح ، والمباشرة ، والمضاجعة ، والملامسة ، والمس ، والافضاء ، والمباعلة . والافتراش ، والدخول بها ، والمضي إليها ، كنايات على الجديد ، وصرائح في القديم ، والغشيان ، والقربان ، والاتيان عند الجمهور على القولين . وقيل : كنايات قطعاً . والاصابة صريح عند الجمهور . وقيل: على القولين . وقوله : لا يجمع رأسي ورأسك وساد ، أو لا يجتمعان تحت سقف كناية قطعاً . وقوله : لأبعدن عنك ، كناية ، ويشترط فيه نية الجماع والمدة جميعاً ، ومثله قوله : لأسوءنك ، ولأغيظنك ، أو لتطولن غيبتي عنك ، فهو كناية في الجماع والمدة . ولو قال : ليطولن تركي لجماعك ، أو لأسوءنك في الجماع ، فهو صريح في الجماع كناية في المدة . ولو قال : لا أغتسل عنك ، سألناه ؟ فإن قال : أردت لا أجامعها ، فمؤل ، وإن قال : أردت الامتناع من الغسل ، أو أردت أني لا أمكث حتى أنزل ، واعتقد أن الجماع بلا إنزال لا يوجب الغسل . أو أني أقدِّم على وطئها وطء غيرها فيكون الغسل عن الأولى لحصول الجنابة بها ، قبلناه ، ولم يكن مؤلياً . ولو قال : لا أجامعك في الحيض أو النفاس ، أو الدبر ، فليس بمؤل ، بل هو محسن . ولو قال : لا أجامعك إلا في الدبر ، فمؤل ، ولو قال : لا أجامعك إلا في الحيض أو النفاس ، قال السرخسي : لا يكون مؤلياً ، لأنه لو جامع فيه حصلت الفتنة . وقال البغوي في « الفتاوى » : هو مؤل ، وكذا لو قال : إلا في نهار رمضان ، أو إلا في المسجد . ولو

(١) قال ابن الرفعة : جعل قوله لا أفتضك صريحاً ظاهراً إذا لم تكن المقول لها غوراً بالعين المعجمة وهي التي بكارتها في صدر الفرج ، أما التي كذلك فعلم حالها قبل الحلف فلا ينبغي أن يكون قولنا لأنه يمكن تغييب الحشفة من غير افتضاض وحقها إنما هو ذلك ، فإن أمكن تصوير غيبوبة الحشفة بلا افتضاض ، فيحمل النص على الغالب إلا أن يقال الفيئة في حق البكر يخالف الفيئة في حق الثيب كما يفهمه إيراد القاضي ، والنص الآتي . ولعله أراد بالنص قول الشافعي رضي الله عنه أو يقول إن كانت عذراء والله لا أفتضك أو ما في هذا المعنى فهو مول في الحكم وقد تقدم أيضاً عن النص أن المطلقة ثلاثاً إذا كانت بكراً لا بد من إزالة بكارتها .

قال : لا جامعتك جماع سوءٍ ، فليس بمؤل ، كما لو قال : لا جامعتك في هـذا البيت ، أو لا جامعتك من القبل . ولو قال : لا أجامعك إلا جماع سوءٍ ، فإن أراد : لا أجامعها إلا في الدبر ، أو فيما دون الفرج ، أو لا أغيب جميع الحشفة ، فمؤل ، وإن أراد الجماع الضعيف ، فليس بمؤل ، ولو حلف لا يجامع بعضها ، فكما سيأتي في الظهار إن شاء الله تعالى .

الباب الثاني في أحكام الإيلاء

وفيه أربعة أطراف .

الأول : في ضرب المدة ، فالإيلاء يقتضي ضرب المدة وهي أربعة أشهر بنص القرآن الكريم ، وهي حق للزوج ، كالأجل حق للمدين ، وتحسب من وقت الايلاء ، ولا يحتاج إلى ضرب القاضي ، وسواء كان الزوجان حرين ، أو رقيقين ، أو حراً ورقيقاً .

فصل فيما يمنع احتساب المدة ابتداء أو دواماً : قد سبق أنه إذا آلى من رجعية ، صح ، وتحسب المدة من وقت الرجعة ، لا من وقت اليمين ، ولو آلى من زوجته ثم طلقها رجعياً ، انقضت المدة لجريانها إلى البينونة ، فلو راجعها استؤنفت المدة ، لأن الاضرار إنما يحصل بالامتناع المتوالي في نكاح سليم ، وحكى المتولي وجهاً أنه يبنى عليها تخريجاً مما إذا راجع المطلقة ثم طلقها قبل وطء ، فإنها تبني على قول . ولو ارتد أحدهما بعد الدخول في المدة ، انقطعت المدة ، ولا يحتسب زمان الردة منها ، لأنها تؤثر في قطع النكاح كالطلاق ، فإذا أسلم المرتد منهما ، استؤنفت المدة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير .

وفي ردة الزوج وجه أنه إذا أسلم ، يبني ، وفي وجه حكاه السرخسي ، أن ردته لا تمنع الاحتساب ، كمرضه وسائر الأعذار .

ولو وجد النكاح بعد أن بانت الرجعية ، أو كان الطلاق بائناً ، أو بعد البينونة بالردة والاضرار ، أو بردة قبل الدخول ، وقلنا : يعود الايلاء ، استؤنفت المدة .

ولو طلقها بعد مدة الايلاء طلقة رجعية بمطالبتها ، أو ابتداءً ثم راجعها ، عاد الايلاء ، وتستأنف المدة إن كانت اليمين على التأبيد ، أو كانت مؤقتة وقد بقي من

وقت اليمين مدة الايلاء .

ولو ارتد أحد الزوجين بعد مضي المدة ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ، عاد الايلاء ، وتستأنف المدة أيضاً[1] ، وألحق البغوي العدة عن وطء الشبهة بالطلاق

---

(١) ما ذكره الشيخ تبعاً لأصله من استئناف المدة .
قال الأذرعي : هو قضية كلام القاضي الحسين فإنه حكى عن النص أن الطلاق بعد مضي المدة يوجب الاستئناف .
قال القاضي : والردة في معناه أن كل واحد منهما يخل بالملك لا يبين الفرق بينهما في مثل هذا المحل فافهم أنه قال تفقهاً ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أن الردة إذا أطرأت في المدة ثم زالت وجب الاستئناف ثم قال فيما إذا ارتد أحدهما بعد المدة ثم أسلم أنه لا بد من الاستئناف كالطلاق الرجعي ، قال : وهذا من المسائل التي تحفظ وهو قول انحل إيلاؤه وضربنا له المدة ولم يطلق ولم يف ثم يستأنف له المدة ثانية . والقول باستئناف المدة بردتها إذا أسلمت بعيد لأنه لم يصدر منه شيء يخرج به عن حكم الايلاء بخلاف ردته ، فإنه صدر منه ما يوجب الشروع في العدة فأشبه الطلاق واستشكل الغزالي إلحاق الردة بالطلاق لأن الطلاق بعد المدة فيه إجابة لما طلب منه بخلاف الردة لأنه لا يقصد بها الابانة إذا علت هذا ، فقد قال بعض الشارحين أن الظاهر أن ما ذكره الإمام والغزالي ومن تبعهما أصله كلام القاضي وتتبعت المسألة من كلام الأصحاب فلم أر من صرح بذلك غير من سميناه ولا ذكر لها في كتب العراقيين . نعم ذكرواكلهم‌حكم الردة في المدة وأنه نص عليها في المختصر والقاضي الحسين أخذ ذلك من تسوية الشافعي بينها وبين الطلاق في المدة وقد صرح الماوردي أنه لا يجب الاستئناف إذا ارتد بعد المدة ثم أسلم بخلاف ما لو طلقها وفرق بأنه وفاها حقها بالطلاق ولم يوفها حقها بالردة وهذا المعنى هو ما رمز إليه الغزالي ولا يبعد أن يكون ما ذكره الماوردي هو المذهب فإنه لم يذكر سواه وليس في كلام الجمهور ما يخالفه وفي كلام الإمام ما يفهم أن ارتدادها بعد المدة لا يوجب الاستئناف ، قال ولو أنها لو طلبت الوقوف فوقف لها فأحرمت مكانها بإذنه أو بغير إذنه فلم يأمرها بالاحلال ، لم يكن عليه طلاق حتى يرجع إلى الإسلام في العدة .
قال: وإذا كان منع الجماع من قبلها بعد مضي الأربعة أشهر قبل الوقف أو معه لم يكن لها على الزوج سبيل حتى يذهب منع الجماع من قبلها في الأربعة الأشهر بشيء تحدثه غير الحيض الذي خلقه الله تعالى فيها ثم أبيح من قبلها أجل من يوم أبيح له أو يظهر شيء كما جعل الله له أربعة أشهر متتابعة ، فإذا لم تكمل له حتى مضى حكم ما استأنفت له متابعة كما جعلت له أولاً . انتهى ما نقله الأذرعي عن بعض الشارحين ولعل المراد به الشيخ الإمام السبكي ، وقال الشيخ البلقيني ما جزم به تبعاً لأصله من أنه يستأنف المدة لا يصح ، والمعنى رد عليه ومفهوم نص الإمام الشافعي رضي الله عنه في الأم والمختصر مخالفة ولفظه لو ارتد أحدهما في الأربعة أشهر ثم رجع المرتد منهما في العدة استأنفت أربعة أشهر ، وفي الأم فيما إذا ارتدت حالة الوقف ما يشهد له وأما المعنى فإن المدة قد انقضت على السلامة والإسلام وما صدر بعدها غير قاطع النكاح ولا محصل لفيئه ولا طلاق بمجرده فإذا عاد المرتد إلى الإسلام طولب حينئذ المولي بالفيئة أو الطلاق قولاً واحداً ولا يقاس ما كان محرماً على ما كان =

بالرجعي ، وبالردة في منع الاحتساب ووجوب الاستئناف عند انقضائها .

فرع : ما يمنع الوطء من غيره ، أن يحل بملك النكاح ، إن وجد في الزوج ، لم يمنع احتساب المدة ، بل تضرب المدة مع اقتران المانع بالايلاء . ولو طرأ في المدة ، لم يقطعها ، بل تطالب بالفيئة بعد أربعة أشهر إذا كان العذر إيلاءً يوم المطالبة ، وسواء في ذلك المانع الشرعي ، كالصوم ، والاعتكاف ، والاحرام ، والحسي ، كالمرض ، والحبس ، والجنون ، وإن كان المانع فيها ، فقد يكون حسياً وشرعياً ، فالحسي ، كالنشوز والصغر الذي لا يحتمل معه الوطء ، والمرض المضني المانع من الوطء ، فإن قارن ابتداء الايلاء ، لم تبتدىء المدة حتى تزول ، وإن طرأ في المدة ، قطعها ، هذا هو المذهب في الطرفين ، وحكى المزني قولاً في حبسه : أنه يمنع احتساب المدة ، فغلطه جمهور الأصحاب في النقل ، وصدقه بعضهم ، وحمله على ما إذا حبسته هي . وقيل : هو محمول على ما إذا حبس ظلماً ، وحق هذا القائل ، أن يطرده في المرض ، وما لا يتعلق باختياره من الموانع ، وقد مال الإمام إلى هذا فقال : كان يحتمل أن يصدق المزني في النقل ، ويقال فيه وفي نص المرض : إنهما على قولين بالنقل والتخريج . وعن صاحب « التقريب » أن البويطي حكى قولاً أن الموانع الطارئة فيها لا تمنع الاحتساب لحصول قصد المضارة ابتداءً . فإذا قلنا بالمذهب ، فطرأ فيها مانع في المدة ، ثم زال ، استأنفت المدة على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور . وقيل : تبني . ولو طرأت هذه الموانع بعد تمام المدة ، وقبل المطالبة ، وزالت بعد ، فلها المطالبة ، ولا تفتقر إلى

= مطلوباً قاطعاً للضرر ، ولقد أصاب القاضي الماوردي فجزم في الحاوي بأنها لا تستأنف المدة والحالة هذه ، وفرق بين حدوث الردة في زمن الوقف الثاني وبين الطلاق الرجعي بأنه وفاها حقها في الطلاق الرجعي بخلاف الردة وهذا صحيح ، وما أوقع الرافعي في ذلك إلا كلام الغزالي فإنه قال في الوسيط والوجيز ما يدل على ذلك .

أما الوسيط فإنه قال : والطلاق الرجعي بعد المدة يقطع المدة ، فإن جرت رجعة فاستئناف المدة أولى لأن الطلاق إجابة إلى المطالبة ، فقد أجاب مرة فلا يطالب حتى يمتع أربعة أشهر أخر ، وألحقوا الردة أيضاً بالطلاق وهو أبعد لأنه ليس إجابة لمطالبته وهذا من الغزالي يدل على أن الأصحاب ألحقوا وليس الأمر كذلك ولعله شاذ من الأصحاب أصله من وطء المرتد ، فإنه يجب المهر ، وإن عاد إلى الإسلام نظر إلى أن ذلك المتحلل كان في غير النكاح ، ثم قال المصنف أيضاً : وجدت النص في الأم فيما إذا ارتدت هي بعد المدة أنها إذا رجعت يقال له فيء ، وهذا ظاهر في رد ما ذكروه ، وبه جزم الماوردي .

استئناف المدة ، لأنه وجدت المضارة في المدة على التوالي ، وقيل : تستأنف وهو غلط ، نسبه الإمام إلى بعض الضعفة ، وجنونها يمنع احتساب المدة إن كانت تمنع التمكين ، وإلا فلا .

أما المانع الشرعي فيها ، فإن كان صوماً أو اعتكافاً مفروضين ، يمنع الاحتساب ، ويجب الاستئناف إذا زال ، وإن كانا تطوعين ، لم يمنعا الاحتساب ، لأنه متمكن من وطئها ، هذا هو الصحيح الذي قطع به الأصحاب في الطرق ، وعن الشيخ أبي محمد ، أن العذر الشرعي لا يمنع الاحتساب ، ولا يقطع المدة ، وهو ضعيف ، والحيض لا يمنع الاحتساب قطعاً ، وكذا النفاس على الأصح .

الطرف الثاني : في كيفية المطالبة ، فلها المطالبة بأن يفيء أو يطلق ، وما لم تطلب ، لا يؤمر الزوج بشيء ، ولا يسقط حقها بالتأخير . ولو تركت حقها ورضيت ، ثم بدا لها ، فلها العود إلى المطالبة ما لم تنقض مدة اليمين ، لأن الضرر متجدد وتختص المطالبة بالزوجة ، فليس لولي المراهقة والمجنونة المطالبة ، وحسن أن يقول الحاكم للزوج : اتق الله بالفيئة أو الطلاق ، وإنما يضيق عليه إذا بلغت أو أفاقت وطلبت ، وليس لسيد الأمة أيضاً مطالبة ، لأن الاستمتاع حقها .

فرع : إذا وجد مانع من الجماع بعد مضي المدة المحسوبة ، نظر أهو فيها ، أم في الزوج ؟ فإن كان فيها ، بأن كانت مريضة لا يمكن وطؤها ، أو محبوسة لا يمكنه الوصول إليها ، أو حائضاً أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة ، أو معتكفة عن فرض ، لم يثبت لها المطالبة بالفيئة لا فعلاً ولا قولاً ، لأنه معذور . وإن كان المانع فيه ، فهو طبعي وشرعي ، فالطبعي ، بأن يكون مريضاً لا يقدر على الوطء ، أو يخاف منه زيادة العلة ، أو بطء البرء ، فيطالب بالفيئة باللسان ، أو بالطلاق إن لم يفيء ، والفيئة باللسان أن يقول : إذا قدرت فئت . واعتبر الشيخ أبو حامد أن يقول مع ذلك : ندمت على ما فعلت ، وإذا استمهل الفيئة باللسان ، لم يمهله بحال ، فإن الوعد هين متيسر ، ثم إذا زال المانع ، يطالب بالفيئة بالوطء أو بالطلاق ، تحقيقاً لفيئة اللسان ، ولا يحتاج هذا الطلب إلى استئناف مدة ، وإن كان محبوساً ظلماً ، فكالمريض ، وإن حبس في دين يقدر على أدائه ، أمر بالأداء أو الفيئة بالوطء ، أو الطلاق ، وأما الشرعي ، فكالصوم والاحرام والظهار قبل التكفير ، ففيه طريقان .

المذهب منهما ، أنه مبني على أن الزوج لو أراد وطأها وهناك مانع شرعي ، هل يلزمها التمكين ؟ وفيه تفصيل حاصله أنه إن كان المانع يتعلق بهما كالطلاق الرجعي ، أو يختص بها كالحيض والصوم والاحرام ، لم يلزمها ، بل يحرم عليها التمكين ، وإن اختص به كصومه وإحرامه ، فوجهان . أحدهما : يلزمها التمكين ، لأنه لا مانع فيها ، وليس لها منع ما عليها من الحق . وأصحهما : المنع ، لأنه موافقة على الحرام وإعانة عليه . وإن كان التحريم بسبب الظهار ، فهل هو كالطلاق الرجعي ، أم كصومه ؟ وجهان . فإذا قلنا : يجوز التمكين ، فلها المطالبة بالوطء أو الطلاق . فإن أراد الوطء فامتنعت ، سقط حقها من الطلب ، وإن قلنا : بالمنع ، فوجهان، أحدهما: يقنع منه بفيئة اللسان، وأصحهما وبه قطع ابن الصباغ: يطالب بالطلاق إزالة للضرر عنها ، بخلاف المانع الطبعي ، لأن الوطء هناك متعذر ، وهنا ممكن ، وهو المضيق على نفسه . والطريق الثاني : أن يقال له : ورطت نفسك بالايلاء ، فإن وطئت عصيت وفسدت عبادتك ، وإن لم تطأ ، ولم تطلق ، طلقناها عليك ، كمن غصب دجاجة ولؤلؤة فابتلعتها ، يقال له : إن ذبحتها غرمتها ، وإلا غرمت اللؤلؤة . ولو قال في صورة الظهار : أمهلوني حتى أكفِّر ، نظر إن كان يكفر بالصوم ، لم يمهل ، وإن كان بالعتق والطعام ، فعن أبي إسحاق : يمهل ثلاثة أيام . وفي « التهذيب » : يوماً أو نصف يوم ، ويمكن أن يكون بحسب تيسر المقصود ، وهذا إذا لم تطل مدة الامهال . فإن طالت لفقد الرقبة أو مصرف الطعام ، لم يمهل ، كذا قاله المتولي . وعلى كل حال ، لو وطىء مع التحريم ، خرج عن موجب الايلاء ، واندفعت المطالبة .

الطرف الثالث : ما به المطالبة . قد تكرر أن المؤلي بعد المدة ، يطالب بالفيئة أو الطلاق ، والمقصود الفيئة ، لكنه يطالب بالطلاق إن لم يفىء ، قال الإمام : وليس لها أن توجه الطلب نحو الفيئة وحدها ، بل يجب أن تكون المطالبة مترددة ، فإن لم يفىء وأبى أن يطلق ، فقولان ، أظهرهما وهو الجديد وأحد قولي القديم واختيار المزني : أنه يطلقها القاضي طلقة . والثاني ، لا يطلق عليه ، بل يحبسه ويعزره حتى يفيء أو يطلق . ولو لم يصرح بالامتناع ، بل استمهل ليفيء ، أمهل بلا خلاف قدر ما يتهيأ لذلك الشغل ، فإن كان صائماً ، أمهل حتى يفطر ، أو جائعاً ، فحتى يشبع ، أو ثقيلاً من الشبع ، فحتى يخف ، أو غلبه النعاس ، فحتى يزول . ويحصل

التهيؤ والاستعداد في مثل هذه الأحوال بقدر يوم فما دونه . وهل يمهل ثلاثة أيام ؟ قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما عند الجمهور : لا . وإذا أمهل ، فطلق القاضي عليه في مدة الامهال ، لم يقع طلاقه إن وجدت الفيئة في مدة المهلة ، وإن مضت المدة بلا فيئة ، لم يقع أيضاً على الصحيح .

فرع : ذكر ابن كج ، أنه لو طلق القاضي عليه ، فبان أنه وطىء أو طلق قبل تطليق القاضي ، لم ينفذ طلاق القاضي . ولو وقع طلاق الزوج والقاضي معاً ، نفذ الطلاقان ، لأن كل واحد فعل ما له فعله . وقيل : لا يقع تطليق القاضي .

فرع : آلى ثم غاب ، أو آلى وهو غائب ، تحسب المدة ، ولها أن توكل من يطالبه . فإذا مضت المدة ، رفعه وكيلها إلى قاضي البلد الذي فيه الزوج وطالبه ويأمره القاضي بالفيئة باللسان في الحال ، لأن المانع حسي وبالمسير ، أو يحملها إليه ، أو الطلاق إن لم يفعل ذلك ، فإن لم يفىء باللسان ، أو فاء به ولم يرجع إليها ، ولا حملها إليه حتى مضت مدة الامكان ، ثم قال : أرجع الآن ، لم يمكن ، ويطلق عليه القاضي إذا طلب وكيلها على الأظهر ، وعلى القول القديم : يحبسه ليطلق ، ويُعذر في التأخير لتهيئة أهبة السفر ، ولخوف الطريق إلى أن يزول الخوف . ولو غاب عنها بعد مطالبته بالفيئة أو الطلاق ، لم يرض منه بفيئة اللسان ، ولا يمهل . ذكره أبو الفرج السرخسي .

فرع : لو طولب فادعى التعيين والعجز عن الفيئة ، نظر ، إن لم يدخل بها في ذلك النكاح ، سواء كانت ثيباً أو بكراً ، أو ادعى العجز عن الافتضاض ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص ، وبه قطع في « الوجيز » : إذا صدقته أو كذبته فحلف على العجز ، لا يطالب بالوطء ، بل يطالب بفيئة اللسان ، فإن فاء ، ضربت مدة التعنين إن طلبتها . فإن وطىء في المدة ، فذاك ، وإلا أمضى حكم التعنين . والثاني : يتعين عليه الطلاق ، لأنه متهم في تأخير حقها وضررها ، وإن كان دخل بها في ذلك النكاح ، لم تسقط المطالبة ، لأن التعنين بعد الوطء لا يعتبر ، فتظهر تهمته .

الطرف الرابع : فيما تحصل به الفيئة ، وهو تغييب الحشفة في القبل خاصة ،

فلو استدخلت ذكره ، لم تنحل يمينه . فلو وطىء بعده ، لزمته الكفارة[1] . وهل تحصل به الفيئة ويرتفع حكم الايلاء ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قطع كثيرون ، ولو وطئها مكرهاً ، ففي وجوب الكفارة القولان فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً . فإن أوجبناها ، انحلت اليمين وارتفع الايلاء ، وإلا ففي انحلال اليمين وجهان يجريان في كل يمين وجد المحلوف عليه بإكراه أو نسيان ، أصحهما : عدم الانحلال ، وهو الأوفق لكلام الأئمة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، لاختلال الفعل . فإن حكمنا بالانحلال ، حصلت الفيئة وارتفع الايلاء ، وإلا فوجهان ، أصحهما : كذلك ، وبه أجاب البغوي وغيره . والمسألة مفرعة على أنه يتصور إكراهه على الوطء وهو الراجح .

فرع : لو وطئها المؤلي في المدة أو بعدها وهو مجنون ، فطريقان . قطع العراقيون بأنه لا يحنث ، ولا تنحل اليمين ، ولا كفارة ، والثاني ، وبه قطع المتولي والبغوي : أن في وجوب الكفارة قولين كالناسي ، لأن المجنون ملحق بالمخطىء في كفارة القتل ، فكذا كفارة اليمين ، فعلى هذا إن أوجبنا الكفارة ، انحلت اليمين ، وإلا فعلى الوجهين في المكره ، فكيف كان ، فالمذهب أنه لا يحنث ، ولا تجب الكفارة ، ولا تنحل اليمين ، وهل يسقط حقها من الفيئة بالوطء في الجنون ؟ وجهان . أحدهما : لا ، بل تطالبه بعد الافاقة من غير استئناف مدة ، وقيل : لا بد من استئنافها بعد الافاقة ، وأصحهما : نعم ، لأنها وصلت إلى حقها ، كما لو رد المجنون الوديعة إلى صاحبها ، ولأن وطء المجنون كوطء العاقل في تقرير المهر والتحليل ، وتحريم الربيبة وسائر الأحكام .

فرع : لو آلى من إحدى امرأتيه بعينها ، ووطئها وهو يظنها الأخرى ، قال البغوي : يخرج عن الايلاء ، وفي الكفارة القولان في الناسي .

فصل : سبق في فصل التعنين ، أن الزوجين إذا اختلفا في الوطء ، فالقول قول النافي إلا في مواضع . أحدها : إذا ادعى العنين الوطء بعد المدة أو فيها . الثاني : إذا ادعى مثل ذلك في الايلاء ، فالقول قوله في الموضعين ، فإذا حلف ثم طلقها وقال : هذا طلاق رجعي فلي الرجعة وهي على إنكار الوطء والعدة ، قال ابن

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : لم تلزمه الكفارة .

الحداد والجمهور : القول قولها ، ولا يمكن من الرجعة عملاً بقياس الخصومات ، وإنما قبلنا قوله في الوطء للضرورة وتعذر البيِّنة . وقيل : له الرجعة . الموضع الثالث : طلق زوجته وولدت ولداً يلحقه ظاهراً ، وقالت : وطئتني فلي كل المهر ، فقال : لم أطأ ، فلك نصفه ، فالمذهب والمنصوص في رواية المزني وغيره ، أن القول قولها بيمينها[1] . ونقل الربيع قولاً آخر ، ان القول قوله بيمينه ، فقيل :

---

(١) قال الشيخ البلقيني : أسقط المصنف من شرح الرافعي هنا مسألتين نفيستين لا يستغنى عنهما ، ولذلك ذكرهما صاحب الحاوي الصغير فيه مع شدة اختصاره ، وذلك أن الرافعي لما ذكر أنا نصدق الزوج بيمينه في إثبات الوطء لدفع ما يترتب على العنة والايلاء ، فإذا أطلق وأراد الرجعة لم يمكن على طريقة ابن الحداد والجمهور ، قال عقب ذلك وشبه بعض الأصحاب ذلك بما إذا ادعى المودع تلف الوديعة عنده وأنكر المودع التلف فصدقنا المودع بيمينه ثم جاء آخر وأثبت الاستحقاق لنفسه وعزم المودع فأراد هو أن يرجع على المودع وقال صدقتموني في التلف عندي وهو الذي أوقعني في هذا العزم فإنا لا نمكنه من الرجوع ، بل إذا حلف المودع على أن الوديعة لم تتلف عنده وهو خائن فيستقر الضمان على المودع ، ولا يلزم من تصديقه لدفع الضمان عن نفسه تصديقه لاثبات العزم على غيره وكذا لو وجدنا داراً في يد اثنين وادعى أحدهما أن جميعها له والآخر أنها بينهما وصدقنا الثاني بيمينه لأن اليد تشهد له ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث وأراد الآخر أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى البينة . انتهى .
وقال في الخادم : الصواب بالحكم في صورة الدار بأن ذا اليد يأخذ بالشفعة من غير احتياج إلى بينة على ملكه لأن اليد لما أثبت له الملك في النصف أثبت له الآثار المرتبة على ذلك ومن جملتها الشفعة ، وقد جزم به الرافعي في الفصل الثالث في التنازع في باب الصلح وحصل في المسألة خلاف وقد صرح به الماوردي فحكى وجهين فيما إذا شهدت البينة له باليد دون الملك هل يأخذ بالشفعة أم لا ، لكن سبق هناك ما يوضح أنهما مسألتان فليراجع .
ثم قال ـ أعني صاحب الخادم : هذه الصورة أشباه غير ذاك تنزع إلى قاعدة أن من قبلنا قوله بيمينه لأجل دفع صور لا نقبله في إثبات حق له على غيره أن اليمين حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات ، وقد ذكر من صورها أربعة صور في الفيئة والايلاء والمشبه بهما .
والخامسة : إذا تزوجها بشرط البكارة فأنكر مريداً للفسخ بتخلف الشرط ، فالقول قولها دفعاً للفسخ وقوله لعدم تقدير كل المهر .
السادسة : ادعى البائع حدوث العيب وادعى المشتري قدمه والكلام فيه حيث كان ممكناً ، فالقول قول البائع بيمينه لدفع رد المشتري لا لأخذ الأرش لو حصل انفساخ يخالف ونحوه .
السابعة والثامنة والتاسعة : الشريك والمقارض والوكيل بالجعل يقبل قولهم في دعوى الرد ، فلو قال الشريك أطلب منك نصيبي من ذلك عند فسخ التركة ونحوه لم يكن له ذلك بمجرد يمينه السابقة وكذلك عامل القراض لو أراد نصيبه من الربح وكذلك الوكيل لو أراد الجعل .
العاشرة : اختلف الآذن والمأذون في قبض ما على زيد مثلاً ، فقال المأذون وكلتني وقال الآذن بل أجلتك وكان ذلك على وجه لا ينقضي إثبات حقيقة الحوالة وصدقنا المأذون على الأصح وكان المال قد =

قولان ، وقيل : بالأول قطعاً ، ورواية الربيع من كيسه ، وقيل : إن اختلفا قبل ظهور الولد وحكمنا بالنصف ، لم يعتبر الحكم بالولد ، وإن اختلفا بعد ظهوره ومات الزوج ، أوجبنا جميع المهر ولا يقبل قول الورثة .

فرع : اختلفا في أصل الايلاء وفي انقضاء مدته ، فهو المصدَّق بيمينه ، ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكر ، فلا مطالبة لها ، فلو رجعت وقالت : لم يطأني ، لم يسمع قولها ، لأنها أقرت بوصول حقها إليها ، فلا يقبل رجوعها ، ذكره المتولي .

فصل : قال : والله لا أجامعك ، ثم أعاد ذلك مرتين فأكثر ، نظر ، إن أطلق في المرتين ، أو قيد بمدة واحدة كسنة وسنة ، فإن قال : أردت بالثاني تأكيد الأول ، قبل : وكانت اليمين واحدة ، سواء اتحد المجلس أم تعدد ، طال الفصل أم لا ، وفي وجه ضعيف : إذا طال الفصل ، لا يقبل ، ويكون يميناً أخرى ، ويجري هذا الخلاف فيما لو كرر تعليق الطلاق بصفة ، والصحيح قبول التأكيد أيضاً . وإن قال : أردت الاستئناف ، فهما يمينان ، وإن أطلق ، فهل يحمل على التأكيد ، أم الاستئناف ؟ قولان[1] ، قال المتولي : إن اتحد المجلس ، فالأظهر يحمل على التأكيد ، وإن تعدد ، فعلى الاستئناف لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس . وإن اختلفت المدة المقيد بها ، كقوله : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، ثم قال : والله لا أجامعك سنة ، فالأصح أنه كاتحادها . وقيل : يمينان بكل حال ، فإذا لم نحكم

= تلف فإنه يضمن على وجه وعلى الأصح هو خارج من القاعدة .

الحادية عشرة : عامل المساقاة لو ادعى أنه رد الثمار ، فالقول قوله ، فلو طلب حصته من الربح لا يجاب بمقتضى قوله السابق .

الثانية عشرة : لو ادعى المالك بعد بيع الملتقط أنه كان أعتقه ، فالأظهر تصديقه .

الثالثة عشرة : وضح موضحين ورفع الحاجز بينهما فقال المجني عليه رفعت الحاجز بعد الاندمال على ثلاثة أروش وقال الجاني : بل قبل الاندمال فأرش واحد فالقول قول المجني عليه بيمينه ، فإذا حلف وجب أرشان على الأصح انتهى .

وترك ما لو حلف الوكيل أن ثمن المبيع تلف منه ثم ظهر المبيع مستحقاً وعزم الوكيل ما قبضه فلا رجوع له على الموكل للمعنى الذي ذكره في الخادم فتكون هذه رابعة عشرة .

(١) قال في الخادم : أهمل الترجيح عند الاطلاق ، وفيه نظر فإنه في الروضة قال ، قال المتولي : إن اتخذ المجلس ، فالأظهر الحمل على التأكيد وإن تعدد فعلى الاستئناف لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس وأقره عليه وظاهره اختياره .

بالتعدد ، لم يجب الوطء إلا كفارة ، وإذا حكمنا بالتعـدد ، تخلص بالـطلاق عن الأيمان كلها ، وتنحل اليمين بوطأة واحدة ، وفي تعدد الكفارة قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا يجب إلا كفارة واحدة ، والثاني ، تتعدد بتعدد الأيمان ، وقيل : تتحد قطعاً ، وقيل : تتعدد قطعاً .

فصـل : آلى من زوجته الـرقيقة ، ثم ملكهـا ، ثم باعهـا أو أعتقها ، ثم نكحها ، ففي عود الايلاء الخلاف في عود الحنث ، وكذا لو آلى عبد من زوجته ثم ملكته وأعتقته ونكحته ، فعلى الخلاف . وهل الخلاف العائد كالبينونة بالثلاث أم بما دونها ؟ وجهان .

فصل : في فتاوى البغوي ، أن القاضي إذا طالب المؤلي بالفيئة أو الطلاق فامتنع منهما ، وطلبت المرأة من القاضي أن يطلق عليه ، لم يشترط حضـوره في تطليق القاضي . ولو شهد عدلان أن زيداً آلى ، ومضت المدة وهو ممتنع من الفيئة أو الطلاق ، لم يطلق عليه ، بل لا بد من الامتناع بين يديه ، كما في العضل ، فلو تعذر إحضاره بتمرد أو توارٍ أو غيبة ، حكم عليه بالعضل بشهادة الشهود ، وبالله التوفيق .

كتاب الظِّهار[1]

صورته الأصلية : أنت علي كظهر أُمي . قال الأصحـاب : الظهـار حرام ،

(١) لغة : مأخوذ من الظهر لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته أنت عليّ كظهر أُمي . (المصباح المنير ٢ / ٥٣٠) .
وشرعاً : تشبيه الزوج زوجته غير البائن بأنثى لم تكن حالاً له .
(مغني المحتاج ٣ / ٣٥٢) - (حاشية الباجوري ٢ / ١٥٧ - ١٥٨) .
الأصل فيه كتاب الله عزَّ وجلّ وسنة رسوله ﷺ .
فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **الذين يظهرون منكم من نسائهم** ﴾ الآية .
فبين فيها الظهار والكفارة وأنه محرم وأنه كذب وزور ولم يبين أحكام الظهار وموجبه وذكر في الآية الأخرى الظهار وبين فيها حكم الظهار وأنه تجب فيه الكفارة مرتبة لقوله تعالى :
﴿ **والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتمـاسا** ﴾ إلى قـوله :
﴿ **فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً** ﴾ الآية .
فدل ذلك على ثبوت حكم الظهار من الكتاب .
وأما السنة فلما روي من حديث سلمة بن صخر قال : كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري ، فلما دخل رمضان خفت أن أصيب منها شيئاً يتتابع بي إلى أن أصبح فظاهرت منها في رمضان ، فبينما هي تخدمني ذات ليلة فتكشف منها شيء فلم ألبث أن نزلت عليها ، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبـر وقلت لهم : انطلقـوا معي إلى رسول الله ﷺ فقـالـوا : لا والله ، فـانـطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته فقال : حرر رقبة ، فقلت : والذي بعثك بالحق نبياً ما أملك غيرها ، وضربت بيدي على صفحة عنقي . فقال : صم شهرين متتابعين . قلت : وما أصبت إلا من الصيام ، فقال : فأطعم ستين مسكيناً ، فقلت : والذي بعثك بـالحق نبياً مـا لنا طعـام ، فقال : انـطلق إلى صدقـة بني زريق فليدفعوها إليك فأطعم وسقاً ستين مسكيناً ، والثاني : كله أنت وأهلك ، فرجعت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت لهم : وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعـة وحسن الرأي ، وقد أمر لي بصدقتكم فذكر في هذا الخبر أحكام الظهار . وأما خبر أوس فقد روى أن خولة =

قالوا : وقوله : أنت عليّ حرام ، ليس بحرام ، بل هو مكروه[١] ، لأن الظهار علق به الكفارة العظمى ، وإنما علق بقوله : أنت عليّ حرام كفارة اليمين ، واليمين والحنث ليسا بمحرَّمين ، ولأن التحريم مع الزوجية قد يجتمعان في التحريم ، كتحريم الأم مع الزوجية لا يجتمعان .

فصل : هذا الكتاب مشتمل على بابين . أحدهما في أركانه ، وهي ثلاثة :

أحدها : الزوجان ، فيصح الظهار من كل زوج مكلف ، حراً كان أو عبداً ، مسلماً أو ذمياً[٢] ، خصياً أو مجبوباً[٣] أو سليماً .

وظهار الصبي والمجنون باطل ، وظهار السكران كطلاقه[٤] .

ومن لحقها الطلاق ، صح الظهار منها ، سواء فيه الحرة والأمة ، والصغيرة

= امرأة أوس بن الصامت وفي بعضها خويلة وإنما هو تصغير خولة ، فروي أنها : أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله زوجي تظاهر مني حين كبر سني ودق عظمي ، فقال رسول الله ﷺ : حرمت عليه ، فبكت ودعت ، فنزل الوحي : ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ﴾ . . . الآية .

فأتى النبي ﷺ بأوس بن الصامت ، فقال النبي ﷺ : أتجد رقبة . قال : لا . فقال : أتستطيع أن تصوم شهرين ؟ ، فقال : إذا لم آكل في اليوم ثلاث مرات ، ذهب بصري . فقال : أتستطيع أن تطعم ستين مسكيناً ، فقال : لا . فأتي رسول الله ﷺ بتمر فقال : خذه وتصدق به . وفي بعضها فقال : أعلى أفقر مني ومن أهلي يا رسول الله ؟ ، فقال النبي ﷺ : كله أنت وأهلك .

فدلت الآيتان والخبران على أن الظهار ثابت شرعاً .

(١) قال الشيخ البلقيني : إنما يكون قوله أنت عليّ حرام مكروهاً إذا لم ينو طلاقاً أو جعلناه صريحاً في موضع اشتهر ، وحينئذ يكون إطلاقاً قابلاً كراهة من جهة قوله أنت حرام ولكن يبقى النظر في الطلاق .

(٢) أي يصح ظهاره .

قال في القوت : ليست الذمة بقيد في الصحة .

قال الأصحاب مستدلين على الصحة لأنه لفظ يقتضي تحريم الزوجة يصح من المسلم والكافر كالطلاق .

وقال الشافعي : يلزم الظهار من الأزواج من يلزمه الطلاق ، وصرح الروياني في الحلية بأنه لا فرق بين الذمي والحربي والمسلم . انتهى .

(٣) أي وكذا الممسوح .

(٤) أي وقد سبق حكمه في كتاب الطلاق .

قال الدارمي هنا . ولا يصح من مغلوب على عقله ولا نائم ولا شارب مكره أو معذور أو نحوه كما نقله عنه الأذرعي .

والمجنونة ، والذمية والرتقاء ، والحائض والنفساء ، والمعتدة عن شبهة ، والمطلقة الرجعية وغيرهن .

ولو قال لأجنبية : إذا نكحتك ، فأنت عليّ كظهر أُمي ، لم يصح ، ويجيء فيه القول الشاذ في مثله في الطلاق ، ولا يصح الظهار من الأمة وأُم الولد .

فرع : يتصور من الذمي الاعتاق عن الكفارة ، بأن يرث عبداً مسلماً ، أو يكون له عبد كافر فيسلم ، أو يقول لمسلم : أعتق عبدك المسلم عن كفارتي ، فيجيبه ، أو يشتري عبداً مسلماً إن جوزناهما[1] ، فإن لم نجوز الشراء وتعذر تحصيله ، فما دام موسراً لا يباح له الوطء . ويقال له : إن أردت الوطء ، فأسلم وأعتق ، لأن الرقبة موجودة والتعذر منه ، وكذا لو كان معسراً وهو قادر على الصوم ، لا يجوز له العدول إلى الاطعام ، لأنه يمكنه أن يسلم ويصوم ، فإن عجز عنه لمرض أو هرم ، فحينئذ يطعم في كفره ، هكذا ذكره صاحبا « التهذيب » و« التتمة » ، وحكاه الإمام عن القاضي ، وتردَّد فيه ، من حيث إن الذمي مقر على دينه ، فحمله على الإسلام بعيد ، وجوابه ، أنا لا نحمله على الإسلام ، بل نقول : لا نمكنك من الوطء إلا هكذا ، فإما أن تتركه ، وإما أن تسلك طريق الحل .

الركن الثاني : الصيغة ، فصريح الظهار : أنت عليّ كظهر أُمي ، وفي معناه سائر الصِّلات ، كقوله : أنت معي أو عندي ، أو مني أو لي كظهر أُمي . وكذا لو ترك الصلة فقال : أنت كظهر أُمي ، وعن الداركي : أنه إذا ترك الصلة ، كان كناية ، لاحتمال أنه يريد : أنت محرمة على غيري ، والصحيح الأول ، كما أن قوله : أنت طالق ، صريح وإن لم يقل : مني ، ومتى أتى بصريح الظهار ، وقال : أردت غيره ، لم يقبل على الصحيح ، كما لو أتى بصريح الطلاق وادعى غيره ، وقيل : يقبل لأنه حق الله تعالى .

فرع : قوله : جملتك ، أو نفسك ، أو ذاتك ، أو جسمك ، أو بدنك عليّ كظهر أُمي ، كقوله : أنت عليّ كظهر أُمي ، وكذا قوله : أنت عليّ كبدن أُمي أو

---

(١) أي العتق الضمني وهو الأصح أو شراؤه العبد المسلم ، وهو قول مرجوح ، والأظهر البطلان ، والمراد بالجواز الصحة ، وأما كونه مباحاً فلا خلاف في تحريمه في الصورة الثانية كما ذكره الشيخ في كتاب البيع .

جسمها ، أو ذاتها ، لدخول الظهر فيها[١] .

فرع : إذا شبهها ببعض أجزاء الأم غير الظهر ، نظر ، إن كان ذلك مما لا يذكر في معرض الكرامة والإعزاز ، كاليد والرجل ، والصدر والبطن ، والفرج والشعر ، فقولان . أظهرهما وهو الجديد وأحد قولي القديم : انه ظهار . وقيل : ظهار قطعاً ، وقيل : التشبيه بالفرج ظهار قطعاً ، والباقي على القولين . وإن كان مما يذكر في معرض الإعزاز والإكرام ، كقوله : أنت عليّ كعين أمي ، فإن أراد الكرامة ، فليس بظهار ، وإن أراد الظهار ، فظهار قطعاً تفريعاً على الجديد في قوله : كصدر أمي ، وإن أطلق ، فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان ، اختار القفال الإكرام ، والقاضي حسين ، أنه ظهار ، وأشار البغوي إلى ترجيحه ، والأول أرجح[٢] . ولو قال : كروح أمي ، فكقوله : كعين أمي ، قاله جماعة . وعن ابن أبي هريرة ، أنه ليس بظهار ولا كناية[٣] . والتشبيه برأس الأم كهو باليد والرجل ، وكذا قطع به العراقيون ، وقيل : كالعين ، وبه أجاب السرخسي ، وهو أقرب[٤] . ولو قال : أنت

(١) قال الأذرعي : الظاهر أنه إذا لم يقل علي لا يكون صريحاً أو يكون فيه خلاف إذ قوله كبدن أمي أو جسمها محتمل لإرادة أنها كهو في الهيئة والشكل وغير ذلك ، فإذا لم يقل علي بعد اللفظ عن الصراحة . انتهى .
ذكر ذلك رداً على ظاهر المنهاج ، فإنه لم يذكر عليّ .
وقال في الخادم إن الصواب ما ذكره في الشرح والروضة وذكر كلام الأذرعي .

(٢) فيه أمران :
أحدهما : أن قوله والأول أرجح لم ينقله الرافعي هنا .
نعم قال في آخر الفصل : يشبه أن يرجح المنع ، وجعله في المجرد الأشبه لكن كلامه في الشرح الصغير يقتضي ترجيح الثاني ، فإنه قال فيه وجهان وقضية ما في التهذيب وغيره ترجيح الثاني . انتهى ، ولم يذكر ترجيح الأول عن أحد وذكر في الذخائر أنه ظاهر كلام العراقيين لأنهم أطلقوا الجواز في التشبيه بالأعضاء والأقوى ما رجحه في المحرر .
الثاني : أن ما حكاه عن البغوي اتبع فيه قول الرافعي .

(٣) قال في الخادم : أسقط من كلام الرافعي ما يومىء إلى الترجيح ، فإنه قال وهذا الخلاف ينطبق على الخلاف فيما إذا قال : زوجك طالق ، وقد بينا هناك أن الأشبه وقوع الطلاق . انتهى .
وحكى صاحب الحاوي والبحر والحلية وغيرهم وجهاً ثالثاً أنه صريح في الظهار .

(٤) قال في القوت : قال المصنف في التنقيح إن جعله بالعين خلاف المشهور ، بل جعله الأكثرون كالبطن ونحوه ، نص عليه في الأم وقطع به جماعة ونقله أبو علي الطبري ثم قال : ويحتمل وجهاً آخر أن =

عليّ كأمي ، أو مثل أمي ، فإن أراد الظهار ، فظهار ، وإن أراد الكرامة ، فلا ، وإن أطلق ، فليس بظهار على الأصح ، وبه قطع كثيرون[١] .

فرع : لو شبه بعض الزوجة فقال : رأسك أو يدك ، أو ظهرك ، أو فرجك ، أو جلدك ، أو شعرك عليّ كظهر أمي ، أو نصفك ، أو ربعك عليّ كظهر أمي ، فهو ظهار ، ويجيء فيه القول القديم ، ولو شبه بعضها ببعضها فقال : رأسك عليّ كيد أمي ، فهو ظهار ، ويجيء فيه القديم .

فرع : قال الأصحاب : ما يقبل التعليق من التصرفات ، يصح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف ، كالطلاق ، والعتاق ، وما لا يقبله ، لا تصح إضافته إلى بعض المحل ، كالنكاح والرجعة . وأما الايلاء ، فإن أضافه إلى الفرج فقال : لا أجامع فرجك ، كان مؤلياً ، وإن أضاف إلى اليد والرجل وسائر الأعضاء غير الفرج ، لم يكن مؤلياً[٢] ، وإن قال : لا أجامع بعضك ، لم يكن مؤلياً ، إلا أن يريد بالبعض الفرج ، وإن قال : لا أجامع نصفك ، فقد أطلق الشيخ أبو علي ، أنه ليس بمؤل قال الإمام : إن أراد أنه ليس بصريح ، فظاهر ، أما إذا نوى ، ففيه احتمال ، لأن من ضرورة ترك الجماع في النصف ، تركه في الجميع ، ويجوز أن يجاب عنه[٣] .

قلت : ولو قال : لا أجامع نصفك الأسفل ، فهو صريح في الايلاء ، ذكره في « الوسيط » . والمراد بالفرج المذكور . القبل . والله أعلم .

= يصدق فيما أراد لأنه قد يجري مجرى الكرامة ، انتهى ثم قال : وبالجملة فالمختار كما بينه في الغنية أن الرأس كالعين ، ونقله الروياني في البحر عن الأصحاب .

(١) قال الأذرعي : وفيه تنقيح المصنف عن الجمهور القطع بأنه كناية ، قال ولا نعلم أحداً حكى وجهاً أنه صريح إلا الغزالي وإمامه ، وقال الشافعي في البويطي : أنت عليَّ مثل أمي وما أشبه هذا من كلام تشبيه الظهار وليس بظهار إلا أن يريد به الظهار مثل النية في الطلاق . انتهى .
وأحسبه كذلك في الأم وغيره .

(٢) وهذا الضابط يؤيد ما قاله ابن سريج وتابعوه ، وحاصله أنه لا يخرج عن هذا الضبط عن الايلاء فإنه يقبل التعليق ولا يصح إضافته إلى بعض المحل إلا الفرج واستثنى القاضي شرف الدين البارزي في التمييز صورة أخرى وهي الوصية فإنه يصح تعليقها ولا يصح أن يضاف إلى بعض المحل .

(٣) قد بينه الرافعي فقال : ويجوز أن يقال إضافة الطلاق إلى النصف كإضافة العتق والبيع والرهن ، أما الجماع فهو فعل محسوس لا يفعل وقوعه في الجزء التابع ولا يصلح إضافته إليه .

الركن الثالث : المشبه به أصل الظهار ، تشبيه الزوجة بظهر الأُم ، ولو شبهها بجدة من جهة الأب أو الأُم ، فهو ظهار قطعاً ، هكذا قطع به الجمهور . وقيل : فيه خلاف كالتشبيه بالبنت .

وأما غير الأُم والجدة من المحارم ، فقسمان .

أحدهما : محرمات بالنسب ، كالبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخت . فإذا شبه زوجته بظهر واحدة منهن ، فقولان ، الجديد وأحد قولي القديم : انه ظهار ، والثاني : لا ، للعدول عن المعهود .

القسم الثاني : المحرمات بالسبب ، وهن ضربان ، محرمات بالرضاع ، ومحرمات بالمصاهرة ، وفيهن خلاف مشتمل على أقوال ، وطرق ، وأوجه ، والمذهب منها عند الأصحاب : أن التشبيه بمن لم تزل منهن محرمة عليه ظهار ، وبما كانت حلالاً له ثم حرمت ، ليس بظهار ، وإذا اختصرت الخلاف في الجميع ، جاء سبعة أقوال وأوجه . أحدها : اقتصار الظهار على التشبيه بالأُم . والثاني : إلحاق الجدات بها فقط . والثالث : إلحاق محارم النسب . والرابع : إلحاق محارم الرضاع أيضاً إذا لم يعهدن محللات . الخامس : إلحاقهن بحذف هذا الشرط . والسادس : إلحاق محارم المصاهرة بالشرط المذكور . السابع : إلحاقهن بحذف الشرط . والمذهب : إلحاق كل من لم تزل محرمة من الجميع فقط . ولو شبه بمن لا تحرم مؤبداً كأجنبية ، ومطلقة ، ومعتدة ، ومجوسية ، ومرتدة ، وأخت امرأته ، فليس بظهار قطعاً ، سواء طرأ ما يؤيد التحريم ، بأن نكح بنت الأجنبية ، أو وطىء أمها وطأً محرماً ، أم لم يطرأ . ولو شبه بملاعنته ، فليس بظهار ، لأن تحريمها ليس للمحرمية والوصلة ، ولو شبهها بأزواج النبي ﷺ ، أو قالت : أنت عليّ كظهر ابني ، أو أبي ، أو غلامي ، فليس بظهار .

فرع : قالت لزوجها : أنت عليّ كظهر أُمي ، أو أنا عليك كظهر أُمك ، فلا يلزم به شيء ، بل يختص بالرجال كالطلاق[1] .

---

(١) ويؤخذ من التشبيه بالطلاق أنه إذا فوض إليها أن تظاهر منه أن يصح كما في الطلاق لكن لم يتعرض له أحد من الأصحاب فيما أعلم غير صاحب الوافي فإنه قال تفقها قال ولم أجد فيه نصا للأصحاب ويشهد له قول الحاوي لو قال : أنا عليك كظهر أُمي فهو كناية إن أراد به الظهار كان ظهارا وإلا فلا .

فصل : تعليق الظهار صحيح ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، وإذا جاء رأس الشهر ، فأنت عليّ كظهر أمي ، فوجدت الصفة ، صار مظاهراً منها . ولو قال : إن ظاهرت من حفصة ، فعمرة عليّ كظهر أمي وهما في نكاحه ، ثم ظاهر من حفصة صار مظاهراً منهما جميعاً . ولو قال : إن ظاهرت من إحداكما ، أو أيكما ظاهرت منها ، فالأخرى عليّ كظهر أمي ، ثم ظاهر من إحداهما ، صار مظاهراً من الأخرى أيضاً . ولو قال : إن ظاهرت من فلانة ، فأنت عليّ كظهر أمي ، وكانت فلانة أجنبية ، فخاطبها بلفظ الظهار ، لم يصر مظاهراً من زوجته ، لأن الظهار من الأجنبية لا ينعقد ، إلا أن يريد التلفظ بلفظ الظهار ، فيصير بالتلفظ مظاهراً من زوجته . ولو نكح فلانة ثم ظاهر منها ، صار مظاهراً من زوجته الأولى .

ولو قال : إن ظاهرت من فلانة الأجنبية ، فأنت عليّ كظهر أمي ، فإن خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها ، فحكمه ما سبق . فإن نكحها ثم ظاهر منها ، فهل يصير مظاهراً من الزوجة الأولى ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، ويكون لفظ الأجنبية تعريفاً لا شرطاً ، كما لو قال : لا أدخل دار زيد هذه ، فباعها ، ثم دخلها ، حنث ، ولو قال : إن ظاهرت من فلانةٍ أجنبيةٍ ، أو وهي أجنبية ، فأنت عليّ كظهر أمي ، فسواء خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها ، أو نكحها ، وظاهر منها ، لا يصير مظاهراً من المعلق ظهارها ، لأنه شرط المظاهرة منها وهي أجنبية ، ولم يوجد الشرط ، وهو كقوله : إن بعت الخمر ، فأنت طالق ، أو كظهر أمي ، فأتى بلفظ البيع ، لا يقع الطلاق ولا الظهار ، تنزيلاً للفظ العقود على الصحة . وعند المزني ، ينزل في مثل هذا على صورة العقد ، ومن الأصحاب من وافقه ، فصحح الظهار هنا .

فرع : قال : إن دخلت الدار ، فأنت عليّ كظهر أمي ، فدخلت الدار وهو مجنون ، أو ناسٍ ، فعن ابن القطان : ان في حصول العود ولزوم الكفارة قولين . قال ابن كج : عندي أنها تلزم بلا خلاف ، كما لو علق طلاقها بالدخول ، فدخلت وهو مجنون ، وإنما يؤثر النسيان والاكراه ، في فعل المحلوف على فعله ، وهذا هو الصواب .

= ويجري من الطلاق مجرى قوله أنا منك طالق انتهى قاله الزركشي في خادمه

فصل : [قد][1] سبق أن كل واحد من لفظي الطلاق والظهار ، لا يجوز أن يجعل كناية عن الأخرى[2] وأن قوله لـزوجته : أنت عليّ حـرام ، يصح كناية عن الطلاق والظهار . فإذا قال : أنت طالق كظهر أمي ، فله أحوال .

أحدها : أن لا ينوي شيئاً ، فتطلق ، ولا يصح الظهار .

الثاني : أن يقصد بكل كلامه الطلاق وحده وأكده بلفظ الظهار ، فيقع الطلاق ولا ظهار .

الثالث : أن يقصد بالجمع الظهار ، فتطلق ، ولا ظهار على الصحيح ، لأن لفظ الطلاق ليس بظهار ، والباقي ليس بصريح في الظهار ، لعدم استقلاله ، ولم ينو به الظهار ، وإنما نواه بالمجموع .

الرابع : أن يقصد الطلاق والظهار ، فينظر ، إن قصدهما بمجموع كلامه ، حصل الطلاق ولا يحصل الظهار على الصحيح . وقيل : يحصل لإقراره به ، وإن قصد الطلاق بقوله : أنت طالق ، والظهار بقوله : كظهر أمي ، طلقت ، فإن كانت تبين بالطلاق ، لم يصح الظهار ، وإلا فيصح الظهار مع الطلاق ، وقيل : لا يصح ، وهو ضعيف . وإن قال : أردت بقولي : أنت طالق الظهار ، وبقولي : كظهر أمي الطلاق ، وقع الطلاق وحده . وإن قال : أنت عليّ كظهر أمي طالق ، قال ابن كج : إن أراد الظهار والطلاق ، حصلا ، ولا يكون عائداً ، لأنه عقّب الظهار بالطلاق ، فإن راجع ، كان عائداً ، وإن لم يرد شيئاً ، صح الظهار . وفي وقوع الطلاق وجهان .

فرع : قال : أنت عليّ حرام كظهر أمي ، فإن نوى بكلامه الطلاق فقط ، فهو طلاق على الأظهر الأشهر ، وفي قول : ظهار ، وقيل : طلاق قطعاً ، وقيل : طلاق وظهار ، حكاه ابن كج . وإن نوى بكلامه الظهار ، فظهار ، وإن نوى الطلاق والظهار جميعاً ، نظر ، إن أرادهما بمجموع الكلام ، أو بقوله : أنت عليّ حرام ، لم يثبتا معاً ، وأيهما يثبت ؟ فيه أوجه . أحدها : الطلاق ، والثاني : الظهار ،

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) في « ط » الآخر .

والثالث وبه قال ابن الحداد والجمهور : بخير فيثبت ما اختاره منهما ، وإن أراد بقوله : أنت عليّ حرام الطلاق ، وبقوله : كظهر أمي الظهار ، وقع الطلاق وحصل الظهار إن كان الطلاق رجعياً على الصحيح ، وإن كان بائناً ، فلا . وإن أراد بقوله : أنت عليّ حرام الظهار ، وبقوله : كظهر أمي الطلاق ، حصل الظهار قطعاً ، ولا يقع الطلاق على الصحيح ، وإن قال : أردت بقولي : أنت عليّ حرام تحريم ذاتها الذي مقتضاه كفارة يمين ، قبل منه على الأصح ، وقيل : لا يقبل ويكون مظاهراً ، لأنه وصف التحريم بما يقتضي الكفارة العظمى ، فلا يقبل رده إلى الصغرى ، فعلى الأول ، إن لم ينو بقوله : كظهر أمي الظهار ، لم يلزمه شيء سوى كفارة اليمين ، ويكون قوله : كظهر أمي تأكيداً للتحريم ، وإن نوى الظهار ، لزمه كفارة اليمين ، وكان مظاهراً . وأما إذا أطلق ولم ينو شيئاً يحتمله كلامه ، فلا طلاق لعدم الصريح والنية ، وفي كونه ظهاراً وجهان . المنصوص في « الأم » أنه ظهار .

فرع : قال : أنت عليّ كظهر أمي حرام ، كان مظاهراً ، قال المتولي : فإن لم ينو بقوله : حرام شيئاً ، كان تأكيداً ، وإن نوى تحريم عينها ، فكذلك ، ويدخل مقتضى التحريم وهو الكفارة الصغرى ، في مقتضى الظهار وهو الكفارة العظمى ، وإن نوى به الطلاق ، فقد عقّب الظهار بالطلاق ، فلا عود .

فرع : قال : أنت مثل أمي ونوى الطلاق ، كان طلاقاً ، وكذا قوله : كروح أمي وعينها[1] ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني في حكم الظهار

له حكمان .

---

(١) قال في الخادم : هذا نقله الرافعي في كتاب اللطيف لابن خيران وأشار إلى أنه فرعه على أن مثل أمي ليس بصريح في الظهار وهو يقتضي أنا إذا قلنا انه صريح لا يقع الطلاق لأن ما كان صريحاً في بابه لا يكون كناية في غيره ، وفيه نظر .
وعبارة اللطيف وإن قال أنت مثل أمي ، فإذا أراد الظهار فهو مظاهر ، وإن أراد الطلاق لزمه ، وإن أراد تحريماً بغير ظهار ولا طلاق ، كان عليه كفارة يمين وإن لم يرد ظهاراً ولا تحريماً ولا طلاقاً فلا شيء عليه .
ولو قال مثل أمي ، كان هذا من مكان الظهار كما كان قوله أنت خلية أو برية من مكان الطلاق ، فلا يقع إلا بإرادته . انتهى .

أحدهما : تحريم الوطء إذا وجبت الكفارة إلى أن يكفر ، فلو وطىء قبل التكفير ، عصى ، ويحرم عليه الوطء ثانياً(١) ، سواء كفر بالاطعام وغيره . وفي تحريم القبلة واللمس بشهوة ، وسائر الاستمتاعات ، قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما عند الجمهور: الجواز، وهو منسوب إلى الجديد، وحكى ابن كج طريقاً قاطعاً به ، وقال : وهو الأصح . وقول الله تعالى : ﴿ **من قبل أن يتماسا** ﴾ محمول على الجماع كقوله تعالى : ﴿ **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن** ﴾ .

فرع : عد الإمام الصور التي تحرم فيها القبلة وسائر الاستمتاعات مع الوطء ، والتي تختص بالتحريم بالوطء ، فقال : ما حرم الوطء لتأثيره في الملك ، كالطلاق الرجعي وغيره ، والردة أو لحلها لغيره كالأمة المزوجة ، أو حرمها لاستبراء الرحم عن غيره ، كزوجته المعتدة عن وطء شبهة في صلب النكاح ، وكالمستبرأة بملك اليمين بشراء ونحوه ، فكل هذا يحرم فيه الاستمتاعات كلها ، وما حرم الوطء بسبب الأذى ، لا يحرم الاستمتاع .

وأما العبادات المحرمة للوطء ، فالإحرام يحرم كل استمتاع تعبُّداً(٢) ، والصوم والاعتكاف يحرمان كل ما يخشى منه الانزال لتأثرهما بالانزال . وإذا قلنا في الظهار : لا تحرم القبلة واللمس ، ففيما بين السرة والركبة احتمالان ، لأنه يحوم حول الحمى ، هذا كلام الإمام(٣) ، وحكى البغوي وجهاً ، أنه يجوز الاستمتاع بزوجته المعتدة عن شبهة وغيره ويشبه أن يجيء في الاستمتاع بالمرهونة خلاف .

---

(١) وتحريم الوطء عليه يفهم أنه يعزر .
قال في الخادم : قال الصيمري في شرح الكفاية فإن وطىء قبل الكفارة فقد قضى ولا حد ولا تعزير خاصة إذا قال جهلت .

(٢) وحكى القاضي الحسين في الأسرار عن القفال أنه يحرم على المحرم النظر إلى زوجته والخلوة بها إذا كان يخشى منه الوقوع في الحرام .

(٣) ولم يحك كلامه على وجهه فإن الرافعي قال عنه : ففيه احتمالان أقواهما : أنه على الخلاف في حق الحائض ، الثاني : أنه كسائر الاستمتاعات والاحتمالان مبنيان على أن التحريم في حق الحائض لأنه يحوم حول الحمى أو لأنه لا يؤمن انتشار الأذى إلى ذلك الموضع . انتهى واعلم أن هذا من الإمام صريح في أن القولين السابقين يختصان بما فوق السرة دون الركبة وأنهما لا يجريان فيما عدا الوطء في الفرج قال ابن الرفعة : وقضية كلام التنبيه والشامل جريانه فيهما ، وبه صرح القاضي الحسين في التعليق . انتهى .

قلت : الوجه الجزم بجوازه في مرهونته ، وقد جزم به الرافعي في « باب الاستبراء » . قال الإمام : وإذا لم يحرم الاستمتاع ، فلا بأس بالتلذذ وإن أفضى إلى الانزال ، وقول الإمام : الإحرام يحرم كل استمتاع ، الصواب ، حمله على المباشرة بشهوة ، فأما اللمس ونحوه بغير شهوة ، فليس بحرام كما سبق في الحج . والأمة الوثنية والمجوسية والمرتدة ، يحرم فيها كل استمتاع ، وكذا المشركة والمكاتبة ومن بعضها حر . والله أعلم .

الحكم الثاني : وجوب الكفارة بالعود ، والعود هو أن يمسكها في النكاح زمناً يمكنه مفارقتها فيه . وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني عن القديم قولاً : أن العود هو الوطء ، والمشهور الأول . واتفق الأصحاب على أن الكفارة تجب إذا ظاهر وعاد ، لكن هل سبب الوجوب العود فقط ، أم الظهار والعود معاً ، أم الظهار فقط والعود شرط ؟ فيه أوجه[1] .

ولو مات أحد الزوجين عقيب الظهار ، أو فسخ أحدهما النكاح بسبب يقتضيه ، أو جن الزوج ، أو طلقها بائناً أو رجعياً ولم يراجع ، فلا عود ولا كفارة ، فلو كانت أمة فاشتراها متصلاً بالظهار ، فليس بعائد على الأصح ، لأنه قطع النكاح .

ولو اشتغل بأسباب الشراء كالمساومة وتقرير الثمن ، كان عائداً على الأصح ، وبه قال ابن الحداد ، ورجحه المتولي وغيره . قال الإمام : وهذا الخلاف إذا كان الشراء متيسراً ، فإن كان متعذراً ، فالاشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي .

فرع : لاعنها عقب الظهار ، نص الشافعي رضي الله عنه أنه ليس عائداً ، واختلفوا في النص على ثلاثة أوجه .

أحدها وبه قال ابن الحداد : والمراد به ما إذا سبق القذف والمرافعة إلى الحاكم ، أو أتى بما قبل الخامسة من كلمات اللعان ، ثم ظاهر وعقَّبه بالكلمة الخامسة ، وإلا فعائد ، وأصحها ، وبه قال أبو إسحاق ، وابن أبي هريرة ، وابن الوكيل : يشترط سبق القذف والمرافعة ، ولا يشترط تقدم شيء من كلمات اللعان ،

---

(١) سكت المصنف عن الترجيح تبعاً للرافعي ، والثاني وهو الأول هو الذي أورده الإمام والغزالي .

قال في الخادم : وهو يوافق قول الأكثرين أن كفارة اليمين يجب باليمين والحنث معاً . انتهى ما أردته منه .

بل إذا وصلها بالظهار ، لم يكن عائداً . والثالث ، وبه قال ابن سلمة ، وحكي عن المزني في « الجامع الكبير » : لا يشترط سبق القذف أيضاً[١] ، فلو ظاهر وقذف متصلاً ، واشتغل بالمرافعة وأسباب اللعان ، لم يكن عائداً وإن بقي أياماً فيه ، وشبه ذلك بما لو قال عقب الظهار : أنت طالق على ألف درهم ، فلم تقبل ، فقال عقبه : أنت طالق بلا عوض ، لا يكون عائداً لاشتغاله بسبب الفراق .

فرع : قال : أنت عليّ[٢] كظهر أمي ، يا زانية أنت طالق ، فوجهان ، قال ابن الحداد : هو عائد ، لأنه أمسكها حالة القذف . قال الشيخ أبو علي : هذا صحيح إن لم يلاعن بعده ، أو لاعن وشرطنا سبق القذف ، فإن لم نشرطه ، فليس بعائد . والثاني ، لا يكون عائداً ، ويكون قوله : يا زانية أنت طالق كقوله : يا زنيت أنت طالق في منع العود ، وتردد الإمام ، في أن ابن الحداد يسلم في هذه الصورة .

قلت : تردد الإمام ثم قال : والأصح التسليم . والله أعلم .

فرع : لو علق طلاقها عقب الظهار . كان عائداً . ولو علق بدخوله الدار ، ثم ظاهر وبادر بالدخول عقب الظهار ، فلا عود .

فصل : إذا ظاهر ثم طلقها رجعياً عقبه ، ثم راجعها ، فلا خلاف أنه يعود الظهار وأحكامه[٣] . ولو طلقها بائناً أو رجعياً وتركها حتى بانت ، ثم نكحها ، ففي عود الظهار الخلاف في عود الحنث ، ويجري الخلاف فيما لو كانت رقيقة فاشتراها عقب الظهار ، ثم أعتقها أو باعها ، ثم نكحها . وهل عود النكاح بعد الانفساخ

---

(١) ما رجحه نسبه الماوردي للأكثرين ، وما نقله عن الإمام والغزالي من اشتراط سبق المراجعة جزم به في الشرح الصغير ولم ينقله عن أحد لكن عن ابن داود أنه لا يشترط تقومها على هذه الطريقة ونقله في التنقيح عن البلغة للجرجاني وأكثر الكتب ساكتة عنه .

وأما حكايته الثالث عن الجامع الكبير فالمراد به قول الشافعي ، وحينئذ فلا يحسن عليه وجهاً لكن في الشامل عن أبي العباس أنه قال : لا يعرف هذا للشافعي ، وفي الحاوي أن أبا إسحاق أنكر كون ذلك في الحاوي الكبير .

(٢) سقط في « ط » .

(٣) تقييده بقوله عقب زيادة المصنف على أصله من غير تمييز ولا بد من ذلك ولكن قول المصنف أنه يعود الظهار وأحكامه إنما يعود أحكامه وأحكامه أيضاً لا يعود منها إلا حكمان : العود والتحريم ، فإنه بنفس الظهار ارتكب محرماً .

بـالملك كعوده بعـد البينونـة بالثـلاث ، أم كالبينـونة بـدون الثلاثـة ؟ وجهان سبق نظيرهما . ولو ارتد عقب الظهار ، ثم أسلم في العدة ، عاد الظهار بلا خلاف ، ثم هل تكون الرجعة وتجديد النكاح والإسلام بمجـردها عـوداً ، أم لا يكون إلا أن يمسكهـا بعد هذه الأمور زمناً يمكنه فيه الفرقة ؟ فيه طرق . المـذهب : أن الرجعـة عود ، بخلاف التجديد والإسلام ، ويجري الخلاف فيمـا لو ظـاهر من رجعيـة ثم راجعها ، ولا يكون عائداً قبل الرجعة بحال ، ولو ارتد أحدهما عقب الظهار قبل الدخول ، فلا عود ، وكذا لو كان بعد الدخول ، وأصر المرتد حتى انقضت العدة . ولو ظاهر كافر من كافرة ، فأسلما معاً في الحال ، أو أسلم وهي كتابية ، فالنكاح دائم ، وهو عائد ، وإن أسلم وهي وثنية ، أو أسلمت وتخلف ، فإن كان قبل الدخول ، فلا عود لارتفاع النكاح ، وإن كان بعده ، فلا عود في الحال ، ولا إذا أصر ، فإن جدد النكاح بعد البينونة ، ففي عود الظهار خلاف عود الحنث . وإن أسلم المتخلِّف في العدة ، فإن كان هو ، فهل يكون نفس الإسلام عوداً ، أم لا بد من الإمساك بعده ؟ فيه الخلاف السابق ، وإن كانت هي ، فنفس إسلامها ليس بعود في حقه ، وإنما يصير عائداً إذا أمسكها بعد علمه بإسلامها زمناً يمكنه مفارقتها .

فرع : لو جن عقب الظهار ثم أفاق ، قال الشيخ أبو علي : جعل بعضهم كون الافاقة عوداً على الخلاف في الرجعة ، وهذا غلط ظاهر .

قلت : نقل الإمام عن الأصحاب ، أنهم قالوا : لو جن عقب الظهار ، فليس بعائد ، لأنه لم يمسكها مختاراً ، وقال صاحب الحاوي : لو تعقب الظهار جنون أو إغماء ، صار عائداً ، لأن الجنون لا يحرمها ، بخلاف الردة ، والقصد في العود ليس بشرط ، وهذا الذي قاله ، وإن كان قوياً ، فالصحيح ما نقله الإمام . والله أعلم .

فصل : سبق أن تعليق الظهـار صحيح ، فلو علقـه ووجـد المعلق عليـه وأمسكها جاهلاً ، نظر ، إن علق على فعل غيره ، فليس بعائد حتى يمسكها بعد علمه ، وإن علق على فعل نفسه ونسي ، فالمعروف في المذهب[1] . أنه عائد ، ورأى البغوي وغيره تخريج المسألة في الطرفين على حنث الناسي والجاهل ، وهذا أحسن ، وبه قال المتولي .

---

(١) ما ذكره أنه المذهب المعروف قال الرافعي : إنه المشهور، وفيما قالاه نظر وقد صرحا بخلافه قبل هذا =

قلت : هذا الذي قاله المتولي ، أنه إن علق بفعل نفسه ، ففي مصيره عائداً الخلاف في حنث الناسي ، وإن علق بفعل غيره ، لم يصر عائداً على المذهب . وقيل : يخرج على الناسي ، قال : والفرق أنه يشتبه عليه فعل غيره ، وقلما يشتبه عليه حال نفسه ، ثم إذا علق على فعل نفسه أو غيره وفعل ، صار عند علمه بالفعل ، كأنه الآن تلفظ بالظهار ، فإن أمسكها بعده ، فعائد ، وإلا فلا . والله أعلم .

فصل : متى عاد ، ووجبت الكفارة ، ثم طلقها بائناً أو رجعياً ، أو مات أحدهما ، أو فسخ النكاح ، لم تسقط الكفارة . وإذا جدد النكاح ، استمر التحريم إلى أن يكفر ، سواء حكمنا بعود الحنث ، أم لا ، لأن التحريم حصل في النكاح الأول ، قد قال الله تعالى : ﴿ **فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا** ﴾ ولو كانت رقيقة وحصل العود ثم اشتراها ، فهل تحل بملك اليمين قبل التكفير ؟ وجهان . أصحهما : لا .

فصل : إذا وقت الظهار ، فقال : أنت عليّ كظهر أُمي يوماً أو شهراً أو إلى شهر ، أو إلى سنة ، فثلاثة أقوال ، أظهرها : صحته مؤقتاً عملاً بلفظه ، وتغليباً لشبه اليمين ، والثاني : يصح مؤبداً ، تغليباً لشبه الطلاق . والثالث : أنه لغو ، فإن صححناه مؤبداً ، فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق . وإن صححناه مؤقتاً ، فوجهان ، أحدهما : العود فيه كالعود في المطلق ، وبه قال المزني ، وأصحهما وهو ظاهر النص : أنه لا يكون بالامساك عائداً ، ولا يحصل العود إلا بالوطء في المدة . فعلى هذا لو قال : أنت عليّ كظهر أُمي خمسة أشهر ، فهو مؤل على الأصح ، وقال الشيخ أبو محمد : لا ، لأنه ليس حالفاً . وإذا وطيء فمتى يصير عائداً ؟ وجهان ، أصحهما : عند الوطء ، فعلى هذا لا يحرم الوطء ، لكن إذا غابت الحشفة ، لزمه النزع كما سبق في قوله : إن وطئتك ، فأنت طالق ثلاثاً[1] ، وذكرنا هناك وجهاً أنه يحرم الوطء . قال الإمام : ولا شك في جريانه هنا . والثاني ، قاله الصيدلاني

= الموضع في فرع إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أُمي فدخلت وهو مجنون أو ناس فعن ابن القطان أن في حصول العود قولين ، وعن ابن كج يلزمه بلا خلاف وقال الرافعي إنه الوجه ، وهذا بناء في ما استحسناه هنا .

(١) قال الأذرعي : لفظ ثلاثاً لم أره في الشرحين ولا غيرهما فهو حشو يوهم التقييد ، وجرى على ذلك في الخادم .

وغيره : نتبين بالوطء كونه عائداً بالإمساك عقب الظهار[1] ، فعلى هذا يحرم ابتداء الوطء ، كما لو قال : إن وطئتك ، فأنت طالق قبله ، يحرم عليه الوطء . وعلى الوجهين يحرم عليه الوطء بعد ذلك الوطء حتى يكفر أو تمضي مدة الظهار ، فإذا مضت ، حل الوطء لارتفاع الظهار ، وبقيت الكفارة في ذمته ، ولو لم يطأ حتى مضت المدة ، فلا شيء عليه ، وتردد الإمام في أنه لو ظاهر ظهاراً مطلقاً وعاد ، هل يحصل التحريم بالظهار فقط ، أم به وبالعود ؟ قال : والظاهر الثاني ، لأن الكفارة مرتبة عليهما ، والتحريم مرتب على وجوب الكفارة ، وتظهر فائدة التردد في لمسه وقبلته بغرض عقب الظهار إلى أن يتم زمن لفظ الطلاق[2] ، وإذا حصل العود في الظهار المؤقت على اختلاف الوجهين ، فالواجب كفارة الظهار على الصحيح ، وعليه تتفرع الأحكام المذكورة ، وفي وجه : الواجب كفارة يمين ، وينزَّل لفظ الظهار منزلة لفظ التحريم . وذكر ابن كج تفريعاً عليه أنه يجوز الوطء قبل التكفير .

فرع : قال : أنت عليّ حرام شهراً أو سنة ونوى تحريم عينها ، أو أطلق ، وقلنا : مطلقه يوجب كفارة اليمين ، فهل يصح ويوجب كفارة اليمين ، أم يلغو ؟ وجهان حكاهما الإمام ، كالظهار المؤقت ، أصحهما الأول .

فصل : قال لأربع نسوة : أنتن عليّ كظهر أمي ، صار مظاهراً منهن ، فإن طلقهن ، فلا كفارة[3] ، وإن أمسكهن ، فالجديد : وجوب أربع كفارات ، والقديم : كفارة فقط ، فعلى الجديد : لو امتنع العود في بعضهن بموت أو طلاق ، وجبت

---

(١) ما صححه من العود عند الوطء عبر الرافعي فيه بالأشبه لكن ما قاله الصيدلاني هو الذي أفرده القاضي الحسين والبغوي وغيرهما .

(٢) قيل ولا ينبغي التردد بل الجزم بأنه لا يحصل بنفس الظهار ولهذا قلنا في الظهار الموقت أنه يجوز الوطء إذا جعلناه عوداً نظراً للامساك في المطلق فلو جزم بمجرد الظهار لما توقف على عود هو وطء لكنه يتوقف عليه وكذا يجب توقفه على عود هو إمساك ، وعلى هذا لو طلق عقب الظهار لا يضيف التحريم إلى الظهار بل إلى الطلاق حتى لو ظاهر فجن وأراد أن يجامعها في جنونه لا ينبغي أن يمتنع كما لو تظاهر لأن التحريم لم يحصل بعد ، فإذا أفاق وأمسكها فحينئذ ترتب عليه الأحكام ، وكذا إذا مات أحدهما أو فسخ النكاح لا ينبغي أن يقال لأنها حرمت قبل الموت والفسخ قاله في الخادم .

(٣) وهو يشمل ما إذا طلقهن جميعاً أو على الترتيب ، وفي الاستذكار للدارمي إن طلقهن واحدة بعد أخرى فغير عائد في الأولى وفيمن بعدها .
قال ابن القطان : عائد ، وقال ابن المرزبان : غير عائد .

الكفارة بعدد مَنْ عاد فيهن ، وعلى القديم : تجب الكفارة لو عاد في بعضهن . وفي « التتمـة » ، أنها لا تجب في بعضهن ، كمـا لـو حلف لا يكلم جمـاعـة ، فكلم بعضهم . ولو ظاهر منهن بأربع كلمات ، فإن لم يوالهـا ، لم يخف حكمه ، وإن والاها ، صار بظهار الثانية عائداً في الأولى ، وبظهار الثالثة عائداً في الثانية ، وبظهار الرابعة عائداً في الثالثة ، فإن فارق الرابعة عقب ظهارها ، فعليه ثلاث كفارات ، وإلا فأربع .

فرع : قال لأربع نسوة : أنتن عليّ حرام ونوى تحريم أعيانهن ، فالقول في تعدد الكفارة واتحادها كما في الظهار ، ذكره الإمام .

فرع : كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة ، فإن أتى بالألفاظ متواليةً ، نظر ، إن أراد بالمرة الثانية وما بعدها التأكيد ، فالجميع ظهار واحـد ، فإن أمسكهـا بعد المرات ، فعليه كفارة ، وإن فارقها ، فوجهان . أحدهما : تلزمه الكفارة لتمكنه من الفراق بدلاً من التأكيد ، وأصحهما : لا كفارة ، لأن الكلمات المؤكد بها كالكلمة الـواحدة ، وإن أراد بـالمرة الثـانية ظهـاراً آخر ، تعـذرت الكفارة على الجـديد ، واتحـدت على القديم . وقيـل : تتعدد قـطعاً ، فـإن عددنـا ، ففارق عقب المـرة الأخيـرة ، فهل يلزمـه كفـارة الـظهـار الأول؟ وجهـان . أصحهمـا : نعم ، لأنـه كـلام آخـر ، بخـلاف التأكيـد ، وإن أطلق ولم ينو شيئـاً ، فهل تتحـد ، أم تتعـدد ؟ قـولان ، أظهرهما : الاتحاد ، وقطع به صاحبا « الشامل » و « التتمة »[1] .

وأما إذا تفاصلت المرات ، وقصد بكل مرة ، ظهاراً ، أو أطلق ، فكل مـرة ظهار مستقل له كفارة ، وفي قول ضعيف : لا يكون الثاني ظهاراً مـا لم يكفر عن الأول ، وإن قال : أردت بالمرة الثانية إعادة الظهار الأول ، فعن القفال : اختلاف جواب في قبوله . قال الإمام : هو مبني على أن المغلب في الظهار شبه اليمين ، أم الطلاق ؟ إن غلبنا الطلاق ، لم يقبل ، وإلا فالظاهر قبوله كما ذكرنا في الايلاء ، والأصح تغليب شبه الطلاق فيكون الأصح أنه لا يقبل إرادته التأكيد ، وكـذا ذكره البغوي وغيره .

---

(١) وعجيب في عدم تصريحه بالطريقين ، وممن قطع بالحمل على التأكيد الماوردي والمحاملي . وقال القاضي أبو الطيب والحسين والبغوي والعمراني : إن قلنا بالقديم انه عند الاستئناف يلزمه كفارة واحدة فهنا أولى وإن قلنا بالجديد إنما يتعدد فقولان كما في الطلاق .

قلت : نقل صاحب « البيان » عن البغداديين ، يعني بهم العراقيين ، القطع بأنه لا يقبل ، وجزم صاحب « الحاوي » بالقبول ، والصحيح المنع . والله أعلم .

فرع : قال : إن دخلت الدار ، فأنت عليّ كظهر أُمي ، وكرر هذا اللفظ ثلاثاً ، فإذا دخلت الدار ، صار مظاهراً ، فإن قصد التأكيد ، لم يجب إلا كفارة وإن قالها في مجالس ، وإن قصد الاستئناف ، تعددت الكفارة ، ويجب الجميع بعود واحد بعد الدخول ، فإن طلقها عقب الدخول ، لم يجب شيء ، وإن أطلق فهل يحمل على التأكيد ، أم الاستئناف ؟ قولان[1] .

فصل : قال : إن لم أتزوج عليك ، فأنت عليّ كظهر أُمي ، فإن تزوج ، أو لم يتمكن منه بأن مات ، أو ماتت عقب الظهار ، فلا عود ولا ظهار ، وإنما يصير مظاهراً إذ فات التزوج عليها مع إمكانه ، وحصل اليأس منه بموت أحدهما ، وحينئذ يحكم بكونه كان مظاهراً قبيل الموت ، وفي لزوم الكفارة وحصول العود وجهان ، قال ابن الحداد : يلزم ، وقال الجمهور : لا يلزم ولا ضرورة إلى تقدير حصول العود عقب الظهار ، وهذا هو الصحيح .

ولو لم يتزوج عليها مع الامكان حتى جُن ، فإن أفاق ثم مات قبل التزويج ، فحكمه ما سبق ، وإن اتصل الموت بالجنون ، تبينا مصيره ظاهراً قبيل الجنون . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يحكم بمصيره مظاهراً إلا قبيل الموت ، ويجيء مثله في تعليق الطلاق . قال الشيخ : ولا تظهر فائدة هذا الخلاف في الظهار إذا قلنا بالصحيح وقول الجمهور : إنه لا كفارة ، وعلى قول ابن الحداد تظهر فائدته إن اختلف حاله في اليسار والاعسار . ولو قال : إذا لم أتزوج عليك ، فأنت عليّ كظهر أُمي ، فإذا مضى عقب التعليق زمان إمكان التزوج ولم يتزوج ، صار مظاهراً ، والفرق بين « إن » و « إذا » سبق بيانه في كتاب « الطلاق » ، وذكرنا هناك أن من الأصحاب من خرج من كل واحدة إلى الأخرى ، وهو جارٍ هنا .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ترك المصنف تصحيح أحد القولين لأنه معلوم لأنه صحح في الظهار المنجز عند الاطلاق فأولى أن يصحح ذلك في الظهار المعلق وشاهده أنه لو حلف على فعل واحد مراراً وأطلق فإن المذهب أنه يلزمه كفارة واحدة ، وكذلك لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق وكرر هذا ، فإن المصنف صحح في الفتاوى أنها تطلق عند الدخول طلقة واحدة .

فصل : قال : إن دخلت فأنت عليّ كظهر أُمي[(١)] ، ثم أعتق عن كفارة الظهار ، ثم دخلت ، فهل يجزئه إعتاقه عن الكفارة ؟ وجهان ، قال ابن الحداد : نعم ، كتقديم الزكاة وكفارة اليمين ، وقال الجمهور : لا ، لأنه تقديم على السببين جميعاً ، فلم يصح كتقديم الزكاة على الحول والنصاب ، وكفارة اليمين على اليمين ، ويجري الخلاف ، لو أطعم عن الظهار وهو من أهل الإطعام قبل دخول الدار ، ولا يجري في الصوم على المذهب ، والوجهان جاريان في تعليق الايلاء . فإذا قال : إن دخلت الدار فوالله لا أطؤك ، ثم أعتق عن كفارة اليمين قبل دخول الدار ، جوزه ابن الحداد ، وخالفه الجمهور . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أُمي ، وقال : متى دخلت ، فعبدي فلان حر عن ظهاري ، فدخلت ، فعلى رأي ابن الحداد يصير مظاهراً ، ويعتق العبد عن الظهار ، وعلى الصحيح وقول الجمهور : لا يصح تعليق إعتاقه عن الظهار ، وأما إذا أعتق عن الظهار بعد الظهار وقبل العود ، فيجزئه قطعاً ، وسنوضحه في كتاب « الأيمان » إن شاء الله تعالى . ولو قال : أنت عليّ كظهر أُمي ، أعتقت هذا عن كفارتي ، أو أنت عليّ كظهر أُمي ، وسالم حر عن ظهاري ، فهذا إعتاق مع العود ، ويجزئه عن الكفارة التأخر عن الظهار .

فرع : ظاهر من زوجته الأمة ، وعاد ثم قال لمالكها : أعتقتها عن ظهاري ، ففعل ، وقع عتقها عن كفارته ، وانفسخ النكاح . وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفارة أخرى ، ولو ملكها بعدما ظاهر ، وعاد فانفسخ النكاح ، ثم أعتقها عن ظهاره منها ، أجزأه . ولو آلى من زوجته الأمة ، ووطئها ولزمته الكفارة فقال لسيدها : أعتقها عن كفارة يميني ، ففعل ، أجزأه وانفسخ النكاح ، ولو آلى من زوجته الذمية ، ثم وطئها ، أو ظاهر منها وعاد ، ثم نقضت العهد ، فاسترقت ، فملكها الزوج فأسلمت ، فأعتقها عن كفارة ظهاره ، أجزأه ، وبالله التوفيق .

---

(١) وكرر هذا اللفظ ثلاثاً ، فإذا دخلت الدار صار مظاهراً . فإن قصد التأكيد لم يجب إلا كفارة ، وإن قالها في مجالس ، وإن قصد الاستئناف تعددت الكفارة .
قال الشيخ البلقيني : إذا قصد الاستئناف تعددت الكفارة كما قال المصنف ويشكل ذلك بما لو حلف على فعل واحد مراراً بقصد الاستئناف ، فإن الأصح في المذهب وفتاوى المصنف أنه يلزمه كفارة واحدة وفي الفرق غموض .

كتاب الكفارات

هي قسمان .

أحدهما : لا يدخله الإعتاق ، كالواجبات في محظورات الإحرام ، وسبق بيانها في الحج .

والثاني : يدخله الإعتاق ، وهو نوعان .

أحدهما : تترتب فيه خصال الكفارة ، وهو الظهار والجماع في نهار شهر رمضان ، والقتل .

والثاني : للتخيير ، وهي كفارة اليمين ، ومعظم المقصود هنا كفارة الظهار ، ويدخل فيها أشياء من غيرها[1] ، والباقي موضحة في أبوابها .

فصل : تشترط النية في الكفارات ، ويكفيه نية الكفارة ، ولا يشترط التقييد بالوجوب ، لأن الكفارة لا تكون إلا واجبة ، كذا ذكره صاحب « الشامل » وغيره[2] ،

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : أن الترتيب في النوع الأول إنما يظهر إنما لم يختلف من حين الوجوب إلى الأداء وأما إذا اختلف فلا لأنا إن اعتبرنا وقت الأداء فلا ينفع قدرته على العتق قبل ذلك بالنسبة إلى الصوم وكذلك الصوم بالنسبة إلى الإطعام ، وإن اعتبرنا حالة الوجوب فلو كان عاجزاً عن العتق فلا ينفع قدرته عليه بعد ذلك وكذا الصوم مع الإطعام وكذا إن اعتبرنا أغلظ الأحوال فلو كان عند الوجوب عاجزاً وعند الأداء قادراً فهو غير واجد عند الأداء وبعد هذا فقد كلفناه غيره .

الثاني : أن كفارة الأيمان فيها تخيير وترتيب لا تخيير مجرد فكان ينبغي أن يجعل هذا قسماً آخر مقابلاً لما تجرد للتخيير .

(٢) لكن نقل المصنف في شرح المهذب في باب صفة الصلاة عن البندنيجي والماوردي الجزم بخلافه =

ولا تكفيه نية العتق الواجب من غير تعرض للكفارة ، لأن العتق قد يجب بالنذر فإن نوى العتق الواجب بالظهار ، أو القتل مثلاً ، كفى ، ويشترط أن تكون النية مقارنة للإعتاق والإطعام ، وأما الصوم ، فينوي من الليل كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وقيل : يجوز تقديمها على الإعتاق والإطعام ، كما ذكرنا في الزكاة ، والصحيح الأول[1] . وإذا علق العتق عن الكفارة على شرط ، لم يجز تأخر النية عن التعليق ، بل يشترط المقارنة للتعليق إن شرطناها في التنجيز ، وعلى الوجه الآخر : يجوز تقديمها عليه ، ذكره البغوي .

فرع : لا يجب في النية تعيين الكفارة ، فلو كان عليه كفارتا ظهار وقتل ، فأعتق عبدين بنية الكفارة ، أجزاه عنهما . ولو اجتمع عليه كفارات ، فأعتق رقبة بنية

= فقال : قالا . العبادات ثلاثة أضرب :

أحدها : يفتقر إلى نية الفعل دون الوجوب والتعيين وهو الحج والعمرة والطهارة لأنه لو نوى نفلاً في هذه المواضع وقع عن الواجب .

الثاني : يفتقر إلى نية الفعل والوجوب دون التعيين وهو الزكاة والكفارة .

والثالث : يفتقر إلى نية الفعل والوجوب والتعيين وهو الصلاة والصيام وفي نية الوجوب وجهان . انتهى وسكت عليه بل قضيته أن القسم الثاني لا خلاف فيه ولا يكفي فيه العتق الواجب من غير تعرض للكفارة لأن العتق قد يجب بالنذر فإن نوى العتق الواجب بالظهار أو القتل مثلاً كفى . انتهى كذا جزم به في البسيط .

(١) رجح الشيخ في شرح المهذب في باب قسم الصدقات جواز التقديم ونقله عن الأصحاب وقال انه ظاهر النص تسوية بين الزكاة والكفارة ونقله في باب صفة الصلاة عن الشيخ أبي حامد عن نص الشافعي ، وقال الشيخ البلقيني قوله أي هنا والصحيح الأول ممنوع فنص الشافعي رضي الله عنه مخالف ذلك ، قال في الأم في ترجمة ما يجزىء من الرقاب إذا عتق ومن لا يجزىء .

قال رضي الله عنه : لا يجزيه أن يعتق رقبة عن ظهار ولا واجب إلا بنية تقدمها قبل العتق أو معه . انتهى .

ونقل الأذرعي النص المذكور أيضاً بحروفه . قال : وكذا نص في إيمان المختصر فقال : ولا يجزىء كفارة حتى يقدم قبلها النية أو معها ، ثم نقل عن جماعة كثيرة ترجيح ذلك ، ثم قال : قيد الماوردي جواز تقديم النية بما إذا عين العبد الذي يعتقه والطعام الذي يطعمه فأما قبل التعيين قال : فلا يجوز وجهاً واحداً ، وعن تعليق أبي الطيب والوجه الثاني يجوز تقديم النية فيهما معاً يعني الزكاة والكفارة بزمان يسير وإن لم يستصحبها إلى الفعل ويقيده بالزمن اليسير يفهم أنه لا يجزي إذا طال الزمن ولم أره لغيره بل إيرادهم يفهم عدم الفرق .

وقال في المعتبر والنية واجبة مع الدفع أو مستصحبة وجوزها بعض الأصحاب غير مستصحبة ، والنص هو هنا على جواز تقديم النية والزكاة . جرى على ذلك في الخادم .

الكفارة ، وقعت عن واحدة منها ، سواء اتفق جنسها أو اختلف ، وكذا الصوم والإطعام ، ولو كان عليه كفارة ونسي سببها فأعتق ونوى عليه ، أجزأه ، ولو كان عليه ثلاث كفارات ، فأعتق رقبة عن واحدة ، ثم أعسر وصام شهرين عن واحدة ، ثم عجز فأطعم عن الثالثة ، ولم يعين شيئاً ، أجزأه ، ولو كانت عليه كفارة ظهار ، فنوى كفارة القتل عمداً أو خطأ ، لم يجزه عن الظهار[1] .

ولو كان عليه كفارتان ، فأعتق عبداً بنية الكفارة المطلقة ، ثم صرفه إلى واحدة معينة ، تعين العتق لها ، ولم يتمكن بعده من صرفه إلى الأخرى ، كما لو عين في الابتداء .

فرع : إذا ظاهر الذمي وعاد ، يكفِّر بالإعتاق أو الإطعام دون الصيام ، ولو ارتد من لزمته كفارة ، لم يصح تكفيره بالصوم .

وهل يكفِّر بالإعتاق أو بالإطعام إذا عجز عن الإعتاق والصوم ؟ فيه طريقان . منهم من جزم بالإجزاء ، ومنهم من خرجه على زوال ملكه ، والمذهب : أنه يكفر ، لأنه مستحق قبل الردة ، فكان كالديون . وعن الاصطخري : أن الدين لا يقضى أيضاً إن قلنا بزوال الملك ، ولكن المذهب الذي عليه الجمهور : القطع بأنه يقضى ، ويشترط أن ينوي الكفارة بالإعتاق والإطعام نية التمييز دون نية التقرب ، وإذا أخرج الكفارة من ماله في الردة ، لم يتعين في الكفارة المخيرة أدنى الدرجات على الصحيح ، وإذا كفَّر فيها ثم أسلم ، حل له الوطء .

فصل : خصال الكفارة ثلاث . الأولى : العتق . ويشترط في الرقبة لتجزىء عن الكفارة ، أربعة شروط : الإسلام ، والسلامة ، وكمال الرق ، والخلو عن العوض .

الأول : الإسلام ، فلا تجزىء كافرة في شيء من الكفارات ، ويجزىء إعتاق الصغير إذا كان أحد أبويه مسلماً أصلياً ، أو أسلم قبل انعقاده ، ولا يجزىء إذا كان

---

(١) وكان ينبغي التفصيل بين العامد والخاطىء كما ذكره في نظير المسألة في الوضوء وقد قال الإمام هناك : إن فرض الغلط في تعيينه قريب الشبه بالغلط في أسباب الكفارات ، لكن أشار ابن الرفعة إلى الفرق بأن رفع الحدث المنوي يتضمن رفع باقي الأحداث على المذهب فقد تضمنت بنية رفع الموجود فلذلك ارتفع إذا غلط وعتق رقبة عن كفارة لا يتضمن إجزاؤها عن كفارة أخرى فلذلك لم يجزئه .

أبواه كافرين ، لأنه محكوم بكفره ، ولو أسلم الصغير بنفسه ، فقد سبق فيه في كتاب « اللقيط » ثلاثة أوجه ، أصحهما : لا يصح ، وقال الاصطخري : يصح إسلام المميز ، وقال غيره : موقوف ، إن بلغ وثبت عليه ، تبينا صحة إسلامه ، وإلا فلا ، فعلى قول الاصطخري ، يجزىء إعتاقه عن الكفارة ، وعلى الوقف : إن بلغ وثبت ففي إجزائه وجهان . ولو أسلم أحد أبويه وهو صغير أو جنين ، أجزأه عن الكفارة إن مات في صغره ، أو بعد بلوغه قبل تمكنه من اللفظ بالإسلام . ولو صرح بالكفر بعد البلوغ ، فقد ذكرنا في اللقيط ، أن الأظهر أنه مرتد ، والثاني : أنه كافر أصلي ، وبينا هناك حكم الكفارة على القولين ، وبهذا يقاس من أسلم بتبعية السابي ، على ما بيناه في « اللقيط » . .

وفي « التهذيب » أنه لو سبا الصغير سابٍ ، وسبا أحد أبويه آخر ، فإن كانا في عسكر واحد ، لم يحكم بإسلامه ، بل هو تبع لأبويه ، وإن كانا في عسكرين ، كانا تبعاً للسابي[1] ، وأن حكم المجنون في تبعية الوالدين والدار حكم الصبي ، وإذا أفاق وصرح بالكفر ، فهل هو مرتد ، أم كافر أصلي ؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي إذا بلغ وصرح بالكفر ، وأنه هل يجب التلفظ بكلمة الإسلام بعد البلوغ والإفاقة ؟ إن قلنا : لو صرح بالكفر كان مرتداً ، لم يجب ، لأنه محكوم بإسلامه ، وإن قلنا : لا يجعل مرتداً ، وجب ، حتى لو مات قبل التلفظ ، مات كافراً .

فرع : يصح إسلام الكافر بجميع اللغات ، ذكره صاحب « الشامل » وغيره ، ويشترط أن يعرف معنى الكلمة . فلو لقن العجمي الشهادة بالعربية ، فتلفظ بها وهو لا يعرف معناها ، لم يحكم بإسلامه ، وإذا تلفظ العبد بالإسلام بلغته ، وسيده لا يعرف لغته ، فلا بد ممن يعرِّفه بلغته ليعتقه عن الكفارة .

قلت : إسلامه بالعجمية صحيح ، إن لم يحسن العربية قطعاً ، وكذا إن أحسنها على الصحيح . والوجه بالمنع مشهور في صفة الصلاة من « التتمة » وغيره ، ويكفي السيد في معرفة لغة العبد قول ثقة ، لأنه خبر[2] كما يكفي في معرفة قول

---

(١) ذكره المصنف رحمه الله في زوائده في باب اللقيط .

(٢) وقال في البحر : إن كان المعتق لا يحسن العجمية فلا بد من شاهدين عدلين يشهدان بأنه وصف الإيمان لأن الترجمة لا تقبل إلا من شاهدين عدلين . انتهى وينبغي تخصيصه بالحاكم .

المفتي والمستفتي . والله أعلم .

فرع : يصح إسلام الأخرس بالإشارة المفهمة . وقيل : لا يحكم بإسلامه إلا إذا صلى بعد الإشارة ، وهو ظاهر نصه في « الأم » والصحيح المعروف الأول ، وحمل النص على ما إذا لم تكن الإشارة مفهمة .

فرع : ذكر الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » في هذا الباب أن الإسلام أن يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، ويبرأ من كل دين خالف الإسلام ، واقتصر في مواضع على الشهادتين ، ولم يشترط البراءة ، فقال الجمهور : ليس فيه خلاف ، بل إن كان الكافر ممن يعترف بأصل رسالة نبينا محمد ﷺ كقوم من اليهود يقولون : مرسل إلى العرب فقط ، فلا بد من البراءة ، وإن كان ينكر أصل الرسالة كالوثني ، كفى في إسلامه الشهادتان . قال الشيخ أبو حامد : وقد رأيت هذا التفصيل منصوصاً عليه في كتاب « قتال المشركين » ، ونقل الإمام خلافاً للأصحاب ، وفي اشتراط البراءة قال : والأصح عدم الاشتراط[1] .

قلت : في المسألة ثلاثة أوجه ، حكاها صاحب « الحاوي » . والصحيح التفصيل المذكور ، والثاني : أن التبرؤ شرط مطلقاً ، والثالث : أنه يستحب مطلقاً . والله أعلم .

والمذهب الذي قطع به الجمهور ، أن كلمتي الشهادتين لا بد منهما ، ولا

---

(١) قال في المطلب : وقد رأيته في الأم بعبارة طويلة ، وهذا التفصيل نظير قولهم انه لا بد في الصلاة من نية الفرضية والأداء احترازاً من ظهر الصبي والظهر المقضي وإن كان الناوي مطلقاً وقد قال : أصلي الظهر فرض الوقت مثلاً ومأخذ ذلك الاحتياط قال : ومحل الخلاف في الاشتراط ، أما الاستحباب فلا شك فيه كالإقرار بالبعث والنشور قال الإمام : ولا خلاف أنا لا نشترط أن يعرب عن صنع قواعد البعث ، والأصل الذي اعتمده الشرع وهو الإتيان بالشهادتين من أبدع البدائع وأعظم الأمور لأنه على التحقيق مجبر بالعقائد أجمع إذ في التوحيد الاعتراف بالإلّه والوحدانية ، وفيه التعرض لصفات الإلّهية وهو بغير الأمور إلى من لا إله إلا هو ، والشهادة بنبوة محمد ﷺ يقتضي تصديقه في جميع ما جاء به .
قلت : على مقتضى التفصيل فينبغي أن يشترط في إسلام كل كافر ما يناسب تحقق خروجه من كفره ، فاليهودي المشبه يشترط عليه مع الشهادتين البراءة من التشبيه والفيلسوف القائل بقدم العالم يشترط عليه التصريح بأن لا قديم إلا الله وما شابه ذلك .
ثم رأيت الرافعي حكاه عن الحليمي . قاله في الخادم .

يحصل الإسلام إلا بهما ، وحكى الإمام مع ذلك طريقة أخرى منسوبة إلى المحققين ، أن من أتى من الشهادتين بكلمة تخالف معتقده ، حكم بإسلامه ، وإن أتى منهما بما يوافقه ، لم يحكم ، فإذا وحد الثنوي ، أو قال المعطل : لا إله إلا الله ، جعل مسلماً ، وعرض عليه شهادة الرسالة ، فإن أنكر ، صار مرتداً .

واليهودي إذا قال : محمد رسول الله ، حكم بإسلامه ، وحكي عن هذه الطريقة خلافاً في أن اليهودي أو النصراني إذا اعترف بصلاةٍ توافق ملّتنا ، أو حكمٍ يختص بشريعتنا ، هل يكون ذلك إسلاماً ؟ وقال : ميل معظم المحققين إلى كونه إسلاماً ، وعن القاضي حسين في ضبطه ، أنه قال : كلما كفر المسلم بجحده ، صار الكافر المخالف له مسلماً بعقده . ثم إن كذب غير ما صدق به ، كان مرتداً ، والمذهب المعروف ما قدمناه[1] .

فرع : استحب الشافعي رضي الله عنه أن يمتحن الكافر عند إسلامه بإقراره بالبعث بعد الموت .

الشرط الثاني : السلامة من كل عيب يضر بالعمل إضراراً بيناً ، فلا يجزىء الزمن ، ولا من يجن أكثر الأوقات ، فإن كانت إفاقته أكثر ، أجزأ ، وكذا إن استويا على الأصح .

قلت : هذا الذي ذكره فيمن يجن ويفيق ، هو المذهب . وفي « المستظهري » وجه أنه لا يجزىء وإن كانت إفاقته أكثر ، وهو غلط مخالف نص الشافعي والأصحاب والدليل .

---

(١) ما حكاه عن القاضي الحسين لم يحكه على وجه فإنه قال : يستثنى منه مسألة واحدة فإن اليهودي إذا قال : عيسى رسول الله لا يحكم بإسلامه لأن قوماً من الكفار وهم النصارى يقولون به والمسلم إذا جحد نبوة عيسى كفر . انتهى .

وقال في شرح المهذب في الكلام على إمامة الكافر : وحكى الخراسانيون وجهاً أنه إذا أقر الكافر بوجوب صلاة أو زكاة حكم بإسلامه بلا شهادة وضابطه على هذا الوجه أن كل ما يصير المسلم كافراً بجحده يصير الكافر مسلماً بإقراره به والصحيح المشهور لا يصير وقد يشهد لما قاله القاضي ما في الصحيح عن عائشة قلت : يا رسول الله ابن جدعان في الجاهلية يصل الرحم ويطعم المسكين أتنفعه قال : لا إنه لم يقل يوماً رب اغفر لي خطيئتي يوم الدين فقوله إنه لم يقتضي أنه لو قال ذلك نفعه العمل وذلك يستلزم ثبوت الإسلام .

واختار صاحب « الحاوي » طريقة حسنة فقال : إن كان زمن الجنون أكثر ، لم يجزئه ، وإن كانت الإفاقة أكثر ، فإن كان يقدر على العمل في الحال ، أجزأ ، وإن كان لا يقدر على العمل إلا بعد حين ، لم يجزىء . قال : ويجزىء المغمى عليه ، لأن زواله مرجو . والله أعلم .

ولا يجزىء مريض لا يرجى زوال مرضه ، كصاحب السل ، فإن رجي ، أجزأ ، فلو أعتق من لا يرجى ، فزال مرضه ، أو من يرجى فمات ولم يزل ، أجزأه على الأصح فيهما ، ولو أعتق من وجب عليه قتل ، قال القفال : إن أعتقه قبل أن يقدَّم للقتل ، أجزأه ، وإلا فلا ، كمريض لا يرجى[1] ، ولا يجزىء مقطوع إحدى الرجلين ، ولا مقطوع أنملة من إبهام اليد ، ويجزىء مقطوع أنملة من غيرها ، حتى لو قطع أنامله العليا من أصابعه الأربع ، أجزأه ، ولا يجزىء مقطوع أنملتين من السبابة ، أو الوسطى ، ويجزىء مقطوع جميع الخنصر من يد ، والبنصر من اليد الأخرى[2] ، ولا يجزىء مقطوعهما من يد واحدة، ويجزىء مقطوع جميع أصابع الرجلين على الصحيح . وقال ابن أبي هريرة : هو كقطع أصابع اليدين ، والأشل كالأقطع .

قلت : الذي قاله الرافعي في أصابع الرجلين ، هو المعروف في طريقة الخراسانيين ، وخالفهم صاحب « الحاوي » ، فجزم بأنه إذا قطع أصبعان من رِجل واحدة ، أو الإبهام وحدها من رِجل ، لم يجزىء ، وإلا فيجزىء . والله أعلم .

فرع : يجزىء نضو الخلق الذي يقدر على العمل ، والأحمق ، وهو من يضع الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه ، ويجزىء الشيخ الكبير ، إلا أن يعجز عن العمل والكسب . وفي « التجربة » للروياني ، أن الأصحاب قالوا : يجزىء الشيخ الكبير ، ومنعه القفال إذا عجز عن العمل ، وهو الأصح ، وفي هذا إثبات خلاف في الشيخ العاجز ، ويجزىء الأعرج ، إلا أن يكون العرج شديداً يمنع متابعة

(١) قال الشيخ البلقيني : هذا يشتمل بما جزم به في زيادته ونقله عن القاضي الحسين أنه إذا أعتق من تحتم قبله في المحاربة أجزأه . وقال ذكره القاضي الحسين في تعليقه . انتهى .

(٢) وكذلك الخنصر من يد والخنصر من أخرى أو البنصر من يد والبنصر من أخرى ، ونقله النووي في التنقيح عن تصريح صاحب العدة والشيخ أبي الفتح .

المشي ، ويجزىء الأعور دون الأعمى(١) .

قلت : المراد أعور لم يضعف نظر عينه السليمة . قال الشافعي رحمه الله في « الأم » : فإن ضعف بصرها ، فأضر بالعمل إضراراً بيناً ، لم يجزئه ، قال صاحب « الحاوي » : إن كان ضعف البصر يمنع معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع ، وإلا فلا . والله أعلم .

ويجزىء الأصم ، وحكي فيه قول ، ومنهم من لم يثبته ، وحمل ما نقل على ما إذا كان لا يسمع مع المبالغة في رفع الصوت ، ويجزىء الأخرس الذي يفهم الإشارة(٢) . وعن القديم منعه ، فقيل : قولان ، والصحيح أنهما على حالين ، فالإجزاء فيمن يفهم الإشارة ، والمنع فيمن لا يفهمها . وقيل : الإجزاء إذا لم ينضم إلى الخرس صمم ، والمنع إذا انضم ، وحكى ابن كج عن ابن الوكيل ، القطع بالمنع إذا انضم ، وقولين إذا تجرد الخرس .

ويجزىء الأقرع ، ومقطوع الأذنين، والأخشم ، ومفطوع الأنف ، والأبرص ، والمجذوم ، والخصي ، والمجبوب ، والأمة ، والرتقاء ، والقرناء ، ومفقود الأسنان ، وولد الزنا ، وضعيف البطش ، والصغير ، ولا يجزىء الجنين وإن انفصل لدون ستة أشهر من حين الإعتاق ، وقيل : إن انفصل لذلك ، تبينا الإجزاء ، ولا يحكم في الحال بالإجزاء ، والصحيح الأول .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لو أعتق أعمى عن كفارته فعاد بصره ، هل يجزىء .
ذكر المصنف في نظيره من الضحايا عدم الاجزاء ويشكل عليه أيضاً من أعتق مريضاً لا يرجى زواله فزال فإن المصنف صحح هنا الاجزاء ، يقال عليه أيضاً إذا نذر أن يضحي بمعيبة معينة لزمه ولا يجزىء عن الأضحية المشروعة ، فلو زال العيب بعد ذلك فهل يجزىء عن الأضحية ؟ وجهان :
أصحهما لا ذكر المصنف ذلك تبعاً لأصله في باب الأضحية وعلله بأنه أزال ملكه عنه وهو ناقص ، وكذلك يقال هنا ولعل الفرق الالتزام هناك حصل مع العيب وليس فيه أنه أخرجه عن الأضحية المشروعة فلم يجز على الأصح وها هنا لم يخرجه عن ملكه إلا عن الكفارة التي عليه فأجزأ عنها عند إشعار العاقبة عن السلامة على الأصح ولأنه هناك أوجبه معيباً لا يصلح عن التطوع ، وها هنا أعتقه مريضاً ، ولا يقال ما عتق مريضاً لا يصلح عن الكفارة إذ يصلح عند إشعار العاقبة عن الشفاء ، أو يقال تبين أنه ليس بمعيب بخلاف الأضحية ، وهذا أقرب ، وبهذا يصلح الفرق بينه وبين العمى .

(٢) أفهم أنه إذا لم يفهم لا يجزي وهو ظاهر لأنه لا يتمكن من العمل ، وممن جزم بأن الأصم الأخرس لا يجزي ابن أبي هريرة في تعليقه وصاحب التنبيه والجرجاني وغيرهم من العراقيين

قلت : قال صاحب « الحاوي » : يجزىء عتق من لا يحسن صنعة ، قال الإمام : ولا يؤثر ضعيف الرأي والخرق ، والكوع والوكع ، ويجزىء الفاسق .

قال صاحب « الحاوي » : وأما شجاج الرأس والبدن ، فإن كانت مندملة مع سلامة الأعضاء ، لم تضر وإن شانته ، وإن كانت غير مندملة ، أجزأ منها ما كان دون مأمومة الرأس وجائفة البدن ، لأنها غير مخوفة ، ولا يجزئان لأنهما مخوفتان . والله أعلم .

الشرط الثالث : كمال الرق .

وفيه مسائل :

إحداها : لا يجزىء إعتاق المستولدة ولا المكاتب ، سواء أدى شيئاً من النجوم ، أم لا ، فإن كانت الكتابة فاسدة ، أجزأ إعتاقه عن الكفارة على المذهب ، ولو قال للمكاتب : إذا عجزت عن النجوم فأنت حر عن كفارتي ، فعجز ، عتق ، ولم يجزىء عن الكفارة ، لأنه حين علق لم يكن بصفة الإجزاء .

كذا ولو قال لعبده الكافر : إذا أسلمت ، فأنت حر عن كفارتي ، فأسلم ، أو قال : إن خرج الجنين سليماً، فهو حر عن كفارتي ، فخرج سليماً. ولو علق العتق عن الكفارة بدخول الدار ، ثم كاتب العبد ، ثم دخل ، فهل يجزىء عن الكفارة اعتباراً بوقت التعليق ، أم لا ، لأنه مستحق العتق عن الكتابة وقت الحصول ؟ فيه وجهان[1] .

قلت : قال الإمام وغيره : إذا قلنا بالقديم في جواز بيع أم الولد ، أجزأ إعتاقها عن الكفارة ، وإذا قلنا بالمشهور : إنه لا يجوز بيعها فأعتقها عن الكفارة ، لا يجزئه ، ويقع العتق تطوعاً ، ولا يريد عتقها ، وكذا المكاتب إذا أعتقه عن الكفارة ، عتق ولا يجزئه عنها ، سواء جوزنا بيعه أم لا ، بخلاف أم الولد على القول الشاذ ، لأن أمية الولد ينقطع أثرها بالبيع ، بخلاف الكتابة ، فإنه إذا أدى النجوم إلى المشتري

(١) وقد أهمل من كلام الرافعي الإشارة إلى الترجيح فإنه قال بعد حكايتهما . قال في التتمة : وهذا الخلاف مبني على الخلاف فيما إذا علق عتق العبد بصفة توجد في الصحة وقد توجد في المرض فوجدت في الصحة يعتبر العتق من الثلث أو من رأس المال ، وقضيته ترجيح الإجزاء فإن الأصح اعتباره من رأس المال نظر الوقت التعليق .

عتق ، ثم إذا عتق المكاتب ، تبعه أولاده وأكسابه ، وأم الولد لا تستتبع ذلك ، لأنهم إنما يتبعونها في العتق بموت السيد ، ولم يحصل ، وأولاد المكاتب يتبعونه إذا عتق بأداء النجوم أو البراءة منها ، وهذا في معنى الإبراء . والله أعلم .

المسألة الثانية : إذا اشترى من يعتق عليه ، ونوى كون العتق عن الكفارة ، فعن الأودني أنه يجزئه ، والصحيح أنه لا يجزئه ، وكذا لو وهب له ، فقبله ، أو أوصى له به ، فقبل وقلنا : تملك الوصية بالقبول ، ونوى العتق عن الكفارة ، وكذا لو ورثه أو ملك المكاتب من يعتق على سيده ، ثم عجزه السيد ، ونوى عتق قريبه عن الكفارة لأن العتق مستحق بجهة القرابة في كل هذه الصور .

الثالثة : لو اشترى عبداً بشرط العتق ، فقد سبق في كتاب البيع أن المذهب أنه لا يجزىء إعتاقه عن الكفارة .

الرابعة : إذا أعتق عن الكفارة مرهوناً ، بني على الخلاف في نفوذ عتقه ، إن نفذناه ، أجزأ عن الكفارة إذا نواها ، وكذا إن لم ننفذه في الحال ونفذناه بعد الانفكاك باللفظ السابق ، ويكون كما لو علق عتق عبده عن الكفارة بشرط .

وإعتاق الجاني عن الكفارة يبنى على نفوذ إعتاقه ، وقد ذكرناه في البيع . وقيل : لا يجزىء المرهون والجاني عن الكفارة وإن قلنا بنفوذ العتق ، لتعلق حق الغير بهما ، ونقصان التصرفات ، والمذهب الأول ، لأن الإعتاق إذا نفذناه رفع حق تعلق الغير ، ورجع إلى الفداء ، والموصى بمنفعته لا يجزىء على الأصح[١] ، وقد ذكرناه في « الوصية » ، والمستأجر إن قلنا : يرجع على السيد بأجرة منافعه ، أجزأه ، وإلا فلا ، لنقصان منافعه[٢] .

(١) وإطلاقه يقتضي أنه لا فرق بين المنفعة المؤبدة وغيرها ، وينبغي فيما إذا لم تكن مؤبدة ، وقد بقي من المدة زمن يسير كيوم ونحوه أن يجزي وكلام الرافعي يشير إلى التصوير بالمؤبدة فإنه قال : وقد ذكرنا في الوصية أن الأصح أنه لا يجوز أن يعتقه الوارث عن كفارته وهو إنما حكى الوجهين هناك في المؤبدة فقال : الوارث يملك إعتاق العبد الموصى بمنفعته لأن رقبته خالصة له ، وأشار صاحب « الرقم » إلى خلاف فيه ، وحكى الإمام وجهين في جواز إعتاقه عن الكفارة وأصحهما المنع لأنه عاجز عن الكسب بنفسه فأشبه الزمن . انتهى . فعلم أن الوجهين في المؤبدة أن الموصى بمنفعة مدة للوارث إعتاقه عن الكفارة قطعاً وبه صرح في الوسيط .

(٢) تابع فيه المتولي ويشبه أنه إذا بقي من الإجارة بعض يوم ونحوه أن يجزي وإن قلنا لا يرجع ، وهذا كله

قلت : ولو أعتق عن الكفارة من تحتم قتله في المحاربة ، أجزأه ، ذكره القاضي حسين في تعليقه[١] . والله أعلم .

الخامسة : يجزىء المدبر والمعلّق عتقه بصفة ، ولو أراد بعد التعليق أن يجعل العتق المعلق عند حصوله عن الكفارة ، لم يجزئه .

مثاله : قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم قال : إن دخلتها فأنت حر عن كفارتي ، فيعتق بالدخول ولا يجزئه عن الكفارة ، لأنه مستحق بالتعليق الأول .

السادسة : أعتق عن الكفارة حاملاً ، أجزأه ، وعتق الحمل تبعاً ، ولو استثنى الحمل ، عتقا ، وبطل الاستثناء ، وأجزأه عتقها عن الكفارة على المشهور ، وحكى المتولي قولاً أنه لا يجزئه ، لأن العتق عن الكفارة غير مبني على التغليب ، فبطل الاستثناء كما يبطل به البيع ، بخلاف مطلق العتق .

السابعة : ملك نصف عبد ، فأعتقه عن كفارة وهو معسر ، ثم ملك باقيه فأعتقه عن تلك الكفارة ، أجزأه كما لو أطعم في أوقات ، فلو لم ينو الكفارة عند إعتاق باقيه ، لم يجزئه عن الكفارة على الصحيح . وقيل : يجزئه كما لو فرق وضوءه ، وجوزناه ، فإنه لا يجب تجديد النية على الأصح ، حكاه الفوراني .

ولو ملك نصفاً من عبد ، ونصفاً من آخر ، فأعتق النصفين عن الكفارة وهو معسر ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا يجزئه ، قاله ابن سريج وابن خيران ، لأنه لا يسمى عتق رقبة ، وكما لا يجزىء شقصان في الأضحية .

والثاني : يجزئه ، وأصحهما : يجزئه إن كان باقيهما حراً ، وإلا فلا[٢] .

على جواز بيعه ، فإن قلنا يمتنع امتنع قطعاً ، وقد علل في التتمة بأن المؤجر أخذه عوضاً عن منفعة موجودة بعد العتق ، وقضيته أنه لو أعتق المشتري من الموصي أو مات المؤجر وانتقل الملك في المدة للوارث أن يجوز قطعاً لأنه لم يأخذ عوض منفعته لما بعد العتق .

(١) وفي هذا نظر فإنه يشبه المريض الذي لا يرجى برؤه وهو لا يجري وقال ابن الرفعة : فيه نظر إذا قلنا لا يجوز بيعه . قيل : ما الفرق بينه وبين ما قاله قبل عن القفال أنه لو أعتق من وجب عليه . قيل : إن أعتقه قبل أن يقدم للقتل أجزأه وإلا فلا ، وأجيب بالفرق فإن المقدم للقتل في العادة يقتل غالباً فإذا لم يقتل كان كمريض لا يرجى برؤه أعتقه فبرىء وأما من تحتم قبله فإنه قد يتأخر القتل عنه ، وقد يقتل وقد ثبت بالبينة والرجوع بالبينة محتمل .

(٢) قال الأذرعي : اعلم أن المراد بقولهم لا يجزىء إعتاق المعسر النصفين عن الكفارة إذا كان الباقي رقيقاً =

وتجري الأوجه في ثلث أحدهما ، وثلثي الآخر ونظائرهما .

ولو كان عليه كفارتان عن ظهارين ، أو ظهار وقتل ، فأعتق عبدين عن كل واحدة ، نصفاً من هذا ، ونصفاً من هذا ، أجزأه على المنصوص وهو المذهب . وقيل : فيه خلاف ، فعلى المذهب ، اختلف في كيفيته ، فعن أبي إسحاق أنه يعتق نصف كل عبد عن كفارة كما أوقعه ، وعن ابن سريج وابن خيران : يقع عبد عن هذه الكفارة ، وعبد عن هذه ، ويلغو تعرضه للتنصيف .

ويجري الخلاف فيما لو أعتق عبداً عن كفارتين ، ففيه وجه : يعتد به وعليه إتمام كل واحدة ، قال الإمام : ولا حاجة إلى هذا التقدير .

فرع : إذا أعتق موسر نصيبه من عبد مشترك ، سرى إلى نصيب صاحبه ، وهل تحصل السراية بنفس اللفظ ، أم عند أداء القيمة ، أم موقوف ؟ فإذا أدى تبينا حصول العتق باللفظ فيه ثلاثة أقوال .

ولو أعتق جميع العبد المشترك ، فمتى يعتق نصيب الشريك ؟ فيه الأقوال ، فإن قلنا : يعتق باللفظ ، فهل نقول : عتق الجميع دفعة ، أم يعتق نصيبه ثم يسري ؟ وجهان . وكل هذا يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب العتق مبسوطاً . وغرضنا هنا أن إعتاق المشرك عن الكفارة جائز ، سواء وجه العتق إلى جملته ، أم إلى نصيبه فقط لحصول العتق بالسراية في الحالين . وقال القفال : لا يجزىء عن جميع الكفارة إذا وجه العتق إلى نصيبه فقط ، لأن نصيب الشريك عتق بالشرع ، لا بإعتاقه ، والصحيح الأول ، ثم ينظر ، فإن أعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة ، أجزأه عنها إن قلنا : يسري عند اللفظ ، أو موقوف .

وإن قلنا : يسري عند أداء القيمة ، فهل تكفيه هذه النية لنصيب الشريك ، أم يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء ؟ وجهان . أصحهما : تكفي لاقترانها بالعتق ، إلا أنه وقع مرتباً .

= أنا لا نكتفي بهذين النصفين لا أن كل واحد منهما لا يقع عن جهة الكفارة ، بل كل منهما يقع عنها وإن لم يحصل إلا جزءهما حتى لو أيسر واشترى النصف الآخر أو ملكه بوجه آخر ثم أعتقه عنها أجزأه ذلك عن الكفارة ، وقيل : لا تحتاج إلى تجديد إليه ثانياً ولا فرق في عتق نصفي عبد في وقت أو وقتين ، وهو صوابه ونص عليه في كتبه الجديدة والقديمة ولا فرق في جريان الوجوه الثلاثة في صورة الكتاب بين عتقهما دفعة أو على التعاقب . انتهى ، وهو تنبيه حسن .

ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة ، ونوى عند أداء القيمة ، صرف العتق في نصيب الشريك إليها ، أجزأه على الصحيح . وقيل : يشترط أن ينويَ الجميع في الابتداء ، لأن سبب عتق الجميع لفظه ، كما لو علق العتق بدخول الدار ، يشترط في الإجزاء عن الكفارة نيتها عند التعليق ، ولا يكفي اقترانها بالدخول ، فحصل أن الراجح أنه مخيَّر في نصيب الشريك بين تقديم النية عند اللفظ وتأخيرها إلى الأداء ، هذا كله إذا نوى عتق الجميع عن الكفارة ووجَّه العتق إلى نصيبه .

أما إذا وجَّه العتق إلى نصيبه بنية الكفارة ، ولم ينو الباقي ، فلا ينصرف الباقي إليها وإن حكمنا بعتقه في الحال ، ويجيء في وقوع نصيبه عن الكفارة الخلاف السابق في إعتاق بعض رقبة ، وحكى صاحب « الشامل » وغيره وجهاً أن الباقي ينصرف إلى الكفارة تبعاً لنصيبه كما تبعه في أصل العتق ، ولو أعتق الجميع بنية الكفارة وقلنا : يسري عند اللفظ أو موقوف ، أجزأه ، وإن قلنا بحصوله عند أداء القيمة ، ففي « التهذيب » القطع بالإجزاء ، وأنه لا يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء ، ويشبه أن يعود فيه الوجهان السابقان فيما إذا وجه العتق إلى نصيبه .

المسألة الثامنة : العبد الغائب ، إن علم حياته ، أجزأه عن الكفارة ، وإن انقطع خبره ، لمْ يجزئه على المنصوص ، وهو المذهب ، فلو أعتقه عنها ، ثم تواصلت أخبار حياته ، تبينا إجزاءه عن الكفارة لحصول العتق في ملك تام بنية الكفارة . والآبق والمغصوب يجزئان إذا علم حياتهما على الصحيح لكمال الرق .

قلت : الصواب ما قطع به الماوردي والفوراني وغيرهما ، أن الآبق يجزئ قطعاً لاستقلاله بمنافعه كالغائب .

وأما [illegible] ، على أنه لا يجزىء قطعاً، لعدم [illegible] كالزَّمِن ، وجمهور الخراسانيين على الإجزاء لتمام الملك والمنفعة ، وفيه وجه ثالث قاله صاحب « الحاوي » : إن قدر العبد على الخلاص من غاصبه بهرب إلى سيده ، أجزأه عن الكفارة لقدرته على منافع نفسه ، وإن لم يقدر على الخلاص ، فالإجزاء موقوف ، وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالغائب إذا علمت حياته بعد موته ، وهذا الذي قاله قوي جداً ، وحيث صححنا عتق الغائب ، والآبق ، والمغصوب ، أجزأه عن

الكفارة ، سواء علم العبد بالعتق أم لا ، لأن علمه ليس بشرط في نفوذ العتق ، فكذا في الإجزاء ، ذكره صاحب « الحاوي » . والله أعلم .

الشرط الرابع : خلو الإعتاق عن شوب العوض ، فلو أعتق عن كفارة على أن يرد عليه ديناراً مثلاً ، لم يجزئه عن الكفارة على الصحيح ، وحكى ابن القطان وجهاً أنه يجزئه لأن العتق حاصل ، ويسقط العوض ، كما لو قال : صل الظهر لنفسك ولك دينار ، فصلى ، أجزأته صلاته[1] ولو شرط عوضاً على غير العبد ، فلو قال الإنسان : أعتقت عبدي هذا عن كفارتي بألف عليك ، فقبل ، أو قال له إنسان : أعتقه عن كفارتك ، وعليَّ كذا ، ففعل ، لم يجزئه عن الكفارة ، وسواء قدم في الجواب ذكر الكفارة ، فقال : أعتقته عن كفارتي بألف عليك ، أو عكس ، فقال : أعتقته على أن لي عليك ألفاً عن كفارتي .

وعن أبي إسحاق وجه أنه إذا قدَّم ذكر الكفارة ، أجزأه وسقط العوض ، والصحيح الأول ، وسواء قال في الجواب : أعتقته عن كفارتي ، على أن لي عليك كذا ، أو اقتصر على قوله : أعتقته عن كفارتي ، فإنه يبنى على الخطاب والالتماس ، وفي استحقاقه العوض على الملتمس وجهان سنذكرهما إن شاء الله تعالى ، ولا يختصان بما إذا قال : أعتقته عن كفارتك ، بل يجزئان فيما إذا التمس منه أن يعتق عبده عن نفسه مطلقاً بعوض ، فإن قلنا : لا يستحق عوضاً وقع العتق ، وله الولاء ، وإن قلنا : يستحق عوضاً ، فعمن يقع العتق ؟ وجهان ، أحدهما : عن باذل العوض ، وبه قال العراقيون ، والشيخ أبو محمد . وأصحهما : عن المعتق ، وبه قطع صاحبا « المهذب » و« التتمة » ، لأنه لم يعتقه عن الباذل ، ولا هو استدعاه لنفسه .

ولو قال المعتق : أرد العوض ليكون العتق مجزئاً عن كفارتي ، لم ينقلب مجزئاً ، فلو قال في الابتداء عقب الالتماس : أعتقته عن كفارتي لا على الألف ، كان رداً لكلامه ، وأجزأه عن الكفارة .

فصل : العتق على مال كالطلاق على مال ، فهو من جانب المالك معاوضة

(١) قضيته أنه لا يلزم العبد شيئاً ، وقال ابن يونس في شرح التعجيز عن حده : فينبغي أن يجب عليه القيمة لأنه أعتق على عوض فاسد ، ووافقه صاحب المطلب .

فيها شبه التعليق ، ومن جانب المستدعي معاوضة فيها شبه الجعالة ، كما سبق في « الخلع » . فإذا قال : أعتق مستولدتك على ألف ، فأعتقها ، نفذ العتق ، وثبت الألف ، وكان ذلك افتداءً من المستدعي ، كاختلاع الأجنبي[١] .

ولو قال : أعتقتها عني على ألف ، أو وعلي ألف ، فقال : أعتقتها عنك ، نفذ العتق ، ولغا قوله : عني ، وقول المعتق : عنك ، لأن المستولدة لا تنتقل من شخص إلى شخص ، ثم الصحيح أنه لا يستحق عوضاً ، لأنه التزم العوض على أن يحصل العتق عنه ، ولم يحصل . وقيل : يستحق ويلغى قوله : عني ، ويجعل باقي الكلام افتداءً .

ولو قال : طلق زوجتك عني على ألف ، فطلق ، قال الإمام : الوجه إثبات العوض .

ولو قال : أعتق عبدك عن نفسك ولك علي كذا ، أو وعلي كذا ، ففعل ، فهل يستحق العوض عليه ؟ وجهان . أصحهما : نعم كالمستولدة ومسألة الطلاق[٢] . والثاني وهو اختيار الخِضْري ، لا لإمكان تملكه بالشراء ، بخلافهما ، ولو قال : أعتقه عني ، ففعل ، نظر ، إن قال : مجاناً ، فلا شيء على المستدعي ، وإن ذكر عوضاً ، لزمه العوض ، وإن أطلق ، فهل يستحق عليه قيمة العبد ؟ وجهان بناءً على الخلاف في قوله : اقض ديني ولم يشترط الرجوع ، وخص الإمام والسرخسي هذا البناء بما إذا قال : أعتقه عن كفارتي ، فإن العتق حق ثابت عليه كالدين ، فأما إذا قال : أعتقه عني ولا عتق عليه ، أو لم يقصد وقوعه عنه ، فقد أطلق السرخسي أنه لا شيء عليه ، ورأى الإمام تخريجه على أن الهبة هل تقتضي الثواب ؟ ثم سواء نفى

---

(١) كذا قطع به . قال ابن يونس : ويحتمل وجه أنه لا يستحق لأن العتق لم يقع عن الملتمس فيصير كما لو قال : اعتق عبدك عن نفسك وعلي ألف .
قال في المطلب : وكأنه غفل عن المعنى وهو تعدد الخلاص في المستولدة إلا بالعتق بخلاف القن ، ومع هذا فاحتماله قد صرح به في البسيط في كتاب العتق وجهاً غريباً في المذهب لأنه يستحيل الملك في المستولدة للمستدعي فإنها لا تعتق عنه إلا بواسطة نقل الملك وهو غير معقول .

(٢) وهذا الذي صححه خالفه قبل باب الصداق في الكلام على ما إذا أعتق أمته على أن يتزوج بها فقال : الأصح عند الشيخ أبي حامد والبغوي وغيرهما أنه لا يستحق ولم يذكر ترجيحاً غيره وبه جزم في التتمة في كتاب الخلع لكن الموجود للعراقيين اللزوم .

العوض أم أثبته ، يقع العتق على المستدعي . وقال المزني : إذا قال : أعتقه عني مجاناً ، ففعل ، لا يقع على المستدعي ، واحتج الأصحاب بأنه أعتقه عنه ، فصار كذكر العوض . وقالوا : العتق بعوض صار كالمبيع المقبوض حتى استقر عوضه ، فكذلك يجعل عند عدم العوض ، كالموهوب المقبوض ، ويجعل القبض مندرجاً تحت العتق لقوته ، وذكروا بناءً على هذا ، أن إعتاق الموهوب قبل القبض بإذن الواهب جائز .

ولو قال : أعتقه عن كفارتي ، أو عني ، ونوى الكفارة ، فأجابه ، أجزأه عن كفارته ، ولو قال : أعتق عبدك ولك علي كذا ، ولم يقل : عن نفسك ، ولا عني ، فهل هو كقوله : عني لقرينته العوض ، أم كقوله : عنك ؟ وجهان : أصحهما : الثاني ، وهو المذكور في « التهذيب » .

ولو قال : اعتق عبدك عني ولك ألف بشرط أن يكون الولاء لك ، ففعل ، قال المتولي في باب « الخلع »: المشهور من المذهب ، أن هذا الشرط يفسد ، ويقع العتق عن المستدعي ، وعليه القيمة . وفيه وجه أنه يعتق عن المالك ، وله الولاء . وعن القفال أنه لو قال : أعتق عبدك عني على ألف ، والعبد مستأجر أو مغصوب ، فأعتقه ، جاز ، ولا يضر كونه مغصوباً . وإن كان المعتق عنه لا يقدر على انتزاعه ، ولا يخرج في المستأجر وليس على الخلاف في بيعه ، لأن البيع يحصل في ضمن الإعتاق ، ولا يعتبر في الضمنيات ما يعتبر في المقاصد ، وأنه لو قال : أعتق عبدك عن ابني الصغير ، ففعل ، جاز ، وكان اكتساب ولاء له بغير ضرر يلحقه ، وليس كما لو كان له رقيق فأراد الأب إعتاقه .

وأنه لو وهب عبداً له لإنسان ، فقبله الموهوب له ، ثم قال للواهب : أعتقه عن ابني وهو صغير ، فأعتقه عنه ، جاز وكأنه أمره بتسليمه إلى ابنه ، وناب عنه في الإعتاق للابن . واعلم أن الإعتاق في صور الاستدعاء ، إنما يقع على المستدعي ، والعوض إنما يجب إذا اتصل الجواب بالخطاب ، فإن طال الفصل وقع العتق عن المالك ، ولا شيء على المستدعي .

فرع : قال : إذا جاء الغد ، فاعتق عبدك عني بألف ، فصبر حتى جاء الغد ، فأعتقه عنه ، حكى صاحب « التقريب » عن الأصحاب أنه ينفذ العتق عنه ،

ويثبت المسمى عليه ، وأنه لو قال المالك لغيره : عبدي عنك حر بـألف إذا جاء الغد ، فقال المخاطب : قبلت ، فهو كتعليق الخلع في قوله : طلقتك على ألف إذا جاء الغد، فقالت: قبلت، وقد سبق ذكر وجهين في وقوع الطلاق عند مجيء الغد، أصحهما : الوقـوع ، ووجهين إذا وقـع ، أن الـواجب مهـر المثـل أم المسمى ؟ أصحهما : الثاني ، فكذا يجيء هنا الخلاف في وقوع العتق عن المخاطب ، وإذا وقع ، ففي صحة المسمى وفساده ، وفرقوا بين الصورتين بأنه لم يوجد في الأولى تعليق العتق ، ويحتمل مجيء وجه في الأولى أنه يستحق قيمة المثل لا المسمى ، وأشار إليه صاحب « التقريب » ، واستصوبه الإمام وغيره .

فرع : قال : أعتق عبدك عني على خمر ، أو مغصوب ، ففعل ، نفذ العتق عن المستدعي ، ولزمه قيمة العبد ، كما في الخلع[1] .

فرع : لا خلاف أن العبد المعتق عن المستدعي يدخل في ملكه إذ لا عتق في غير ملك ، ومتى يدخل ؟ فيه أوجه . أحدها يملكه بالاستدعاء ، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق ، والثاني : يملك بالشروع في لفظ الإعتاق ، ويعتق إذا تم اللفظ . والثالث : يحصل الملك والعتق معاً عند تمام اللفظ . وأصحها : أن العتق يترتب على الملك في لحظة لطيفة ، وأن حصول الملك لا يتقدم على آخـر لفظ الإعتاق . ثم قال الشيخ أبو حامد : وأكثر الذين اختـاروا هذا الـوجه : ان الملك يحصل عقب الفراغ من لفظ الإعتـاق على الاتصال ، وعن الشيـخ أبي محمد أن الملك يحصل مع آخر جزء من أجزاء اللفظ . وجعل الإمام اختلاف عبارة الشيخين راجعاً إلى اختلاف الأصحاب ، في أن حكم الطلاق والعتاق ، وسائر الألفاظ ، يثبت مع آخر جزء من اللفظ ، أم بعد تمام أجزائه على الاتصال ؟ فعبارة الشيخ أبي محمد

---

(١) تابع الإمام على لزوم القيمة ولم يحرجوه على خلاف الخلع بمغصوب فيحتمل أن يكون هذا بناء على ما هو الأصح هناك وإليه يشير كلام الإمام والغزالي ويحتمل أن يكون هذا مجزوماً به هنا وهو الظاهر في بابي الصداق والخلع أن العوض في يد باذله مضمون ضمان عقد حتى يجب قيمة البضع وهو مهر المثل أو ضمان يد حتى يجب بدل العوض ، وأما هنا فلا يتجه إلا الجزم بضمان العقد فيتعين قيمة العبد ، وذلك لأن العوض متى جعل في مقابلة عين كان ركناً في العقد ولا يحصل ملك العين ومقصود العقد إلا به ولا كذلك بدل البضع صداقاً لأن ملك المقصود لا يتوقف على العوض كما هو مقرر في بابهما .

على الوجه الأول ، وأبي حامد ، على الثاني[1] ، وليس في هذا الوجه الرابع إشكال سوى تأخر العتق عن الاعتاق بقدر توسط الملك . قال الإمام : وسبب تأخره ، أنه إعتاق عن الغير ، ومعنى الإعتاق عن الغير ، انتقال الملك إليه ، وإيقاع العتق بعده ، وقد يتأخر العتق عن الاعتاق بأسباب ، ألا ترى أنه لو قال : أعتقت عبدي عنك بكذا ، لا يعتق حتى يوجد القبول .

فرع : قال : أعتق عبدك عني على كذا ، ففعل ، ثم ظهر بالعبد عيب ، لم يبطل العتق ، بل يرجع المستدعي بأرش العيب ، ثم إن كان عيباً يمنع الإجزاء عن الكفارة ، لم تسقط به الكفارة .

فرع : في فتاوى البغوي أنه لو قال : أعتق عبدك عني على ألف ، فقال : أعتقته عنك مجاناً ، عتق عن المعتق دون المستدعي .

الخصلة الثانية : الصيام كفارة الظهار مرتبة ، كما قال الله تعالى : ﴿**فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين** . . . ﴾ الآية . فإن كان في ملكه عبد فاضل عن حاجته ، فواجبه الإعتاق ، فإن احتاج إلى خدمته ، لزمانته ، أو مرضه ، أو كبره ، أو ضخامته المانعة من خدمته نفسه ، فهو كالمعدوم ، وكذا لو كان من أهل المروءات ومنصبه يأبى أن يخدم نفسه وأن يباشر الأعمال التي يستخدم فيها المماليك ، لم يكلف صرفه إلى الكفارة . وإن كان من أوساط الناس ، لزمه الإعتاق على الأصح ، ولو لم يكن في ملكه عبد ووجد ثمنه ، لزمه تحصيله والإعتاق ، بشرط كونه فاضلاً عن حاجته ، لنفقته وكسوته ، ونفقة عياله وكسوتهم ، وعن المسكن وما

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : قضيته ترجيح ثبوت الأحكام عقب اللفظ وهو خلاف ما صححه في كتاب الطلاق أن الشرط يقارن المشروط .

قال بعض المحققين : والحق في هذا أنه يختلف باختلاف السبب ، فإن كان مركباً كلفظ الطلاق والعتق ، فإن الحكم يقارن آخر جزء فإن الحكم بسيط ، ولا يتصور اتخاذ زمن البسيط والمركب ، فإن المركب يحتاج إلى أكثر من زمن ، والبسيط يوجد في الزمن الفرد وإن كان السبب بسيطاً كان الحكم مقارناً له إذ لا يتجزأ حتى يكون له أول جزء وآخر جزء فالكلامان صحيحان باعتناء نوعي السبب .

الثاني : ذكر في الشامل أن هذا الخلاف نظيره الخلاف في أن الضيف يملك الطعام بالتناول أو بالوضع في الفم أو بالابتلاع وكذا قاله الروياني والجرجاني وغيرهم .

لا بد منه من الأثاث ، ولم يقدِّر الأصحاب للنفقة والكسوة مدة ، ويجوز أن تعتبر كفاية العمر ، ويجوز أن تعتبر سنة ، لأن المؤنات تتكرر فيها ، ويؤيده أن البغوي قال : يترك له ثوب الشتاء ، وثوب الصيف .

قلت : هذا الثاني ، هو الصواب[1] . والله أعلم .

ولو ملك داراً واسعة يفضل بعضها عن حاجته ، وأمكن بيع الفاضل ، لزمه بيعه وتحصيل رقبة . ولو كانت داراً نفيسة يجد بثمنها مسكناً يكفيه ويفضل ثمن رقبة ، أو كان له عبد نفيس يجد بثمنه عبداً يخدمه ، وآخر يعتقه ، لزمه البيع والإعتاق إن لم يكونا مألوفين ، وإلا أجزأه الصوم على الأصح ، ولو كان له ثوب نفيس يجد بثمنه ثوباً يليق به ، وعبداً يعتقه ، لزمه الإعتاق على المذهب ، وقيل بطرد الخلاف .

قلت : قطع العراقيون أو جمهورهم ، بأنه يلزمه الإعتاق في العبد النفيس ، ونقله صاحب « الشامل » عن الأصحاب ، وصححه المتولي . والله أعلم .

فرع : لو كان له ضيعة أو رأس مال يتجر فيه ، وكان يحصل منهما كفايته بلا مزيد ، ولو باعهما لتحصيل رقبة لصار في حد المساكين ، لم يكلف بيعهما على المذهب ، وبه قطع الجمهور[2] .

قلت : ولو كان له ماشية تحلب ، فهي كالضيعة إن كان لا تزيد غلتها على كفايته ، لم يكلف بيعها ، وإن زادت ، لزمه بيع الزائد ، ذكره صاحب « الحاوي » قال : فلو كان له كسب بصناعة ، فإن كان قدر الكفاية ، فله الصوم ، وإن كان أكثر ،

---

(١) قال الأذرعي : لا نقل عندهما في المسألة واعتبار الكفاية على الدوام صرح به في الشامل في كتاب الايمان ونقله المحاملي وغيره عن الأصحاب وصرح به جماعة واحسبه إجماع العراقيين وصرح العمراني هنا بذلك في مواضع ، ثم قال : واعتبر الماوردي كفاية وقته لا غير . وقضية كلام صاحب الشامل وجماعة أنه يستر هنا التي يحرم معها أخذه الزكاة فيخرج عن كلامهم وجه في اعتبار كفاية السنة وبه صرح البغوي في فتاويه وجعله كالزكاة وهو قضية ما في تعليقه وتهذيبه ، ونص البويطي هنا يقتضي أنه لا يعتبر في النفقة إلا يوم الكفاية ... إلى أن قال فتحصلنا على وجوه ولا يلتئم القول مع القول باعتبار كفاية سنة فضلاً عن كونه هو الصواب . انتهى .
وصوب الشيخ جلال الدين البلقيني ما رجحه الشيخ المصنف واحتج بما قاله البغوي في الفتاوى .

(٢) لم يصرح بخلاف مقابله ، وعبارة الرافعي « هذا ما أطلقه أكثرهم » .

نظر ، فإن قلت : الزيادة بحيث لا تجتمع فتبلغ قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير ، لم يلزمه جمعها للعتق ، فجاز له الصوم . وإن كانت إذا جمعت في زمن قليل ، لا ينسب فيه إلى تأخير التكفير ، بلغت قيمة الرقبة كثلاثة أيام وما قاربها ، ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق ، وجهان . أشبههما : لا يلزمه ، بل له التكفير بالصوم ، فعلى هذا ، لو لم يدخل في الصوم حتى اجتمع منها قيمة الرقبة ، فهل يلزمه العتق اعتباراً بحال الاداء ، أم له الصوم اعتباراً بالوجوب ؟ فيه القولان . والله أعلم .

فرع : كان ماله غائباً أو حاضراً ، لكن لم يجد الرقبة ، فلا يجوز له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان ، بل يصبر حتى يجد الرقبة ، أو يصل المال ، لأن الكفارة على التراخي ، وبتقدير أن يموت ، لا يفوت ، بل تؤدى من تركته ، بخلاف العاجز عن ثمن الماء، فإنه يتيمم ، لأنه لا يمكن قضاء الصلاة لو مات . وفي كفارة الظهار وجهان لتضرره بفوات الاستمتاع ، وأشار الغزالي والمتولي إلى ترجيح وجوب الصبر[1] .

فرع : لو كانت الرقبة لا تحصل إلا بثمن غال ، لم يلزمه شراؤها . وقال البغوي : يلزمه إذا وجد الثمن الغالي[2] .

---

(١) أطلق المصنف أن الكفارة على التراخي وهو مخالف لما ذكره في باب صوم التطوع فإنه قال : وأما صوم الكفارة فإن لزمه بسبب محرم فهو كالقضاء الذي على الفور ، وصحح أن القضاء على الفور في كتاب الحج .

قال الأذرعي : فلعل ما في الروضة هنا مفرع على أن الكفارة على التراخي مطلقاً ، انتهى .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : ذكر ابن أبي الدم احتمال البعوي أيضاً ثم قال : ولم أره لغيره مع الكشف لكن الأصحاب واتفاقهم على أنه لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل . انتهى ، وهذا الذي نقله عن البغوي ها صحيح لكن كلامه في باب نكاح الأمة يقتضي أنه المنقول فإنه قال يجب عليه الشراء بالثمن الغالي في الكفارة ولا يجوز له الصوم بخلاف التيمم، والفرق أن التيمم يتكرر ثم قال: وعندي فيه نظر. انتهى. وهذا عكس ما يفهم مس كلامه هنا ، وحكى ابن الرفعة الخلاف في هذه المسألة ومسألة ما إذا لم يجد حرة ترضى إلا بأكثر من مهر المثل فعن القفال والطبري والبغوي أنه لا يجوز له نكاح الأمة ولا التكفير بالصوم بل ينكح الحرة ويلزمه التكفير بالعتق ، وبالجملة فقد يظهر من كلامهم تفاوت بين البابين فإنهم نقلوا في مسألة الحرة جواز نكاح الأمة مطلقاً إلا عن المتولي وعن الإمام فيها تفصيل ، وذكر صاحب

قلت : إنما قال البغوي هذا اختياراً لنفسه ، فقال حكاية للمذهب : لا يلزمه ، ورأيت أن يلزمه ، وقطع الجمهور بأنه لا يلزمه ، وهو الصواب . والله أعلم .

فرع : لو بيعت نسيئة وماله غائب ، فعلى ما ذكرناه في شراء الماء في التيمم . ولو وهب له عبداً وثمنه ، لم يلزمه قبوله ، لكن يستحب[1] .

فرع : ذكر ابن كج بعد أن ذكر حكم المسكن والعبد المحتاج إليهما في الكفارة والحج وجهين في أنه هل يجوز لمن يملكهما نكاح الأمة ، أم بيعهما لطول الحرة ، ووجهين في أنهما يباعان عليه ، كما إذا أعتق شركاء له في عبد ، وإن ابن القطان قال : لا يلزم العريان بيعهما ؟ قال : وعندي يلزمه ، والذي قاله غلط .

فصل : الموسر المتمكن من الإعتاق ، يعتق ، ومن تعسر عليه الإعتاق ، كفر بالصوم ، وهل الاعتبار في اليسار والإعسار بوقت الأداء ، أم بوقت الوجوب ، أم بأغلظ الحالين ؟ فيه أقوال . أظهرها الأول ، فعلى هذا قال الإمام : في العبارة عن الواجب قبل الأداء غموض ، ولا يتجه إلا أن يقال : الواجب أصل الكفارة ، ولا يعين خصلة ، أو يقال : يجب ما يقتضيه حالة الوجوب ، ثم إذا تبدل الحال ، تبدل الواجب ، كما يلزم القادر صلاة القادرين ، ثم إذا عجز ، تبدلت صفة الصلاة ، وعلى القول الثالث وجهان ، قال الأكثرون : يعتبر أغلظ أحواله من وقت الوجوب ، إلى وقت الأداء في حالٍ ما ، لزمه الإعتاق . والثاني : يعتبر الأغلظ من حالتي الوجوب والأداء دون ما بينهما ، صرح به الإمام ، وأشار إلى دعوى اتفاق الأصحاب

الكافي أنه لو وجد الرقبة بأكثر من ثمن المثل وكان ثمنها خارجاً عن أوساط الرقاب لا يلزمه الشراء انتهى .

وينبغي أن يحمل كلام البغوي على هذه الصورة الثانية وهو أنه لا يلزمه شراء رقبة ثمينة وإن كان ثمن مثلها وهو واجدٌ له لما فيه من الاجحاف كجارية حسناء تباع بألوف .

الثاني : ليس المراد أن وجودها بالثمن العالي يبيح الصوم بل عليه الصبر إلى وجودها بثمن المثل . صرح به الماوردي في كتاب التيمم واقتضاه كلام غيره .

(١) قضيته أنه لا فرق بين أن يكون الواهب أصلاً أو فرعاً ، وينبغي في الأصل والفرع أن يأتي الوجهان في الحج وقد يفرق بدخول البدل هنا .

عليه . فإذا قلنا : الاعتبار بحال الوجوب ، فكان موسراً وقت الوجوب ، ففرضه الإعتاق وإن أعسر بعده .

واستحب الشافعي رحمه الله إذا أعسر قبل التكفير ، أن يصوم ليكون آتياً ببعض أنواع الكفارة إن مات .

وإن كان معسراً يومئذ ، ففرضه الصيام ، ولا يلزمه الإعتاق وإن أيسر بعده ، لكن يجزئه على الصحيح[١] ، لأنه أعلى من الصوم ، وقيل : لا يجزئه لتعين الصوم في ذمته . وإذا قلنا : الاعتبار بحال الأداء ، فكان موسراً يومئذ ، ففرضه الاعتاق ، وإن كان معسراً ، فالصوم .

ولو تكلف المعسر الإعتاق باستقراض وغيره ، أجزأه على الصحيح .

ولو وجبت الكفارة على عبد ، فعتق ، وأيسر قبل التكفير ، فإن قلنا : الاعتبار بحال الوجوب ، ففرضه الصوم ، ويجزئه الإعتاق على الأصح أو الأظهر ، لأنه أعلى . وقيل : لا ، لعدم أهليته بناءً على أن العبد لا يملك ، وإن قلنا : الاعتبار بحال الأداء ، لزمه الإعتاق على الأصح أو الأظهر .

فرع : لو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر ، كان له المضي في الصوم، ولا يلزمه الإعتاق . فإن أعتق ، كان أفضل ، ووقع ما مضى من صومه تطوعاً ، وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً ، أنه يلزمه الإعتاق ، وهو مذهب المزني ، والصحيح الذي عليه الجماهير ، الأول ، وكذا لو كان فرضه الإطعام فأطعم بعض المساكين ثم قدر على الصوم ، لا يلزمه العدول إليه .

ولو أيسر بعدما فرغ من الصوم ، لم يلزمه الرجوع إلى الإعتاق قطعاً . ولو كان وقت الوجوب عاجزاً عن الإعتاق والصوم ، فأيسر قبل التكفير ، فإن اعتبرنا حالة الوجوب ، ففرضه الإطعام ، وإلا فالإعتاق .

---

(١) واقتصاره على حكاية وجهين طريقة شاذة حكاها الرافعي عن رواية الإمام عن صاحب التقريب والجمهور على القطع بالإجزاء .

فصل : العبد لا يملك بغير تمليك سيده قطعاً ، ولا بتمليكه على الجديد[١] الأظهر ، فعلى هذا لا يتصور منه التكفير بالاعتاق والاطعام . وإن قلنا : يملك ، فملكه طعاماً ليكفر كفارة اليمين ، جاز ، وعليه التكفير بما ملكه ، وإن ملكه عبداً ليعتقه عنها ، لم يصح ، لأنه يستعقب الولاء ، وليس العبد من أهل إثبات الولاء . وعن صاحب « التقريب » أنه يصح إعتاقه ، ويثبت له الولاء . وعن القفال تخريج قول : إنه يصح إعتاقه عن الكفارة ، والولاء موقوف ، إن عتق ، فهو له ، وإن دام رقه ، فلسيده ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور .

وأما تكفيره بالصوم ، فإن جرى ما يتعلق به الكفارة بغير إذن سيده ، بأن حلف وحنث بغير إذنه ، لم يصم إلا بإذنه ، لأن حق السيد على الفور ، والكفارة على التراخي ، بخلاف صوم رمضان ، فإن شرع فيه بغير إذنه ، كان له تحليله ، وإن جرى بإذنه بأن حلف بإذنه وحنث بإذنه ، صام ولا حاجة إلى إذنه . وإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه ، لم يستقل بالصوم على الأصح . وفي عكسه يستقل على المذهب[٢] ، وحيث قلنا : يستقل ، فسواء طويل النهار وقصيره ، والحر الشديد وغيره ، وحيث قلنا : يحتاج إلى الإذن ، فذلك في صوم يوجب ضعفاً لشدة حر وطول نهار . فإن لم يكن كذلك ، ففيه خلاف نذكره في « كتاب الأيمان » إن شاء الله تعالى ، والأصح ، أنه ليس للسيد المنع ، هذا حكم كفارة اليمين . قال في « الوسيط » : ومنعه من صوم كفارة الظهار غير ممكن ، لأنه يضر بالعبد بدوام التحريم .

قلت : وحيث قلنا : لا يصوم بغير إذنه فخالف وصام ، أثم وأجزأه .

ولو أراد العبد صوم تطوع في وقت يضر بالسيد ، فله منعه ، وفي غيره ، ليس

---

(١) قال الشيخ الإسنوي : لكن في الحاوي في كتاب البينة حكاية القولين في الأجنبي وحكاهما ابن الرفعة وتقدم البينة على ذلك من باب معاملة العبد .

(٢) وترجيحه لطريقة القطع في هذه الحالة حيث عبر بالمذهب ولم يعبر بالأصح لم يصرح به الرافعي بل قال : فيه طريقان : أحدهما : وهو ما أورده في الكتاب أن فيه وجهين . والثانية : القطع بالجواز وهو الأظهر على طريقة إثبات الخلاف ، وصرح في الشرح الصغير بترجيح طريقة الوجهين فقال : فيه وجهان أظهرهما أن له ذلك ، وبه قطع قاطعون .

له المنع ، حكاه المحاملي عن أبي إسحاق المروزي ، بخلاف الزوجة ، فإن للزوج منعها من صوم التطوع ، لأنه يمنعه الوطء ، وحكى في « البيان » ، أنه ليس للسيد منعه من صلاة النفل في غير وقت الخدمة ، إذ لا ضرر . والله أعلم .

فرع : من بعضه حر ، كالحر في التكفير بالمال على المذهب ، وفيه كلام آخر ، وتفصيل نذكره في « كفارة اليمين » إن شاء الله تعالى .

فصل في بيان حكم صوم الكفارة المرتبة : فيه مسائل :

إحداها : يجب أن ينوي صوم الكفارة في الليل لكل يوم ، ولا يجب تعيين جهة الكفارة ، ولا يجب نية التتابع على الأصح ، وقيل : تجب لكل يوم . وقيل : تجب في أول ليلة فقط ، ولو نوى الصوم بالليل قبل طلب الرقبة ، ثم طلب فلم يجدها ، لم يجزئه صومه إلا أن يجدد النية في الليل بعد الفقد ، لأن تلك النية تقدمت على وقت جواز الصوم ، ذكره الروياني في « التجربة »[1] .

المسألة الثانية : لو مات وعليه صوم كفارة ، فهل يصوم عنه وليه ؟ فيه قولان ، سبقا في كتاب الصيام .

الثالثة : إن ابتدأ بالصوم لأول شهر هلالي ، صام شهرين بالأهلة ، ولا يضر نقصهما ، وإن ابتدأ في خلال شهر ، صام بقيته ، ثم صام الذي يليه بالهلال ، ولا يضر نقصه ، ثم يتم الأول من الثالث ثلاثين يوماً ، وفي وجه شاذ ، إذا ابتدأ في خلال شهر ، لزمه ستون يوماً .

الرابعة : التتابع في الصوم واجب بنص القرآن ، فلو وطىء المظاهر بالليل قبل تمام الشهرين ، عصى بتقديم التكفير ، ولكن لا يقطع التتابع .

---

(١) وقد ذكره في البحر أيضاً وقاسه على ما لو تيمم قبل طلب الماء ثم طلب ولم يجد لا يصح تيممه . قال : ولو طلب الرقبة قبل وجوبها فلم يجدها فلما وجبت نوى وكان ليلاً ولم يطل الفصل من وقت الطلب لم تصح النية أيضاً كما لو طلب الماء قبل وجوب التيمم فلما وجب تيمم لم يجز . هكذا ذكره والذي يحتمل وجهاً آخر أنه يصح لأن العدم محقق . انتهى .
وهذا الاحتمال الذي قاله أوجه ، وفي البحر أيضاً لو صام لاعساره ثم بان أنه ورث رقبة لا يحتاج إليها اعتد بالصوم بخلاف ما لو نسي الرقبة في ملكه فصام للفرق بين الناسي والجاهل . ذكره أصحابنا ، ويحتمل أن يقال لا يجزئه فيهما . قاله الزركشي في خادمه .

ولو أفسد صوم اليوم الآخر أو غيره ، لزمه استئناف الشهرين . وهل يحكم بفساد ما مضى ، أم ينقلب نفلاً ؟ فيه قولان فيما إذا نوى الظهر قبل الزوال ونظائره .

والحيض لا يقطع التتابع في صوم كفارة القتل والوقاع في رمضان إن لزمتها كفارة[1] فتبني إذا طهرت ، والنفاس لا يقطع التتابع على الصحيح ، كالحيض . وقيل : يقطعه لندرته ، حكاه أبو الفرج السرخسي . والفطر بعذر المرض ، يقطع التتابع على الأظهر ، وهو الجديد ، لأنه لا ينافي الصوم ، وإنما قطعه بفعله ، بخلاف الحيض والجنون ، كالحيض على المذهب . وقيل : كالمرض ، والإغماء كالجنون . وقيل : كالمرض . وأما الفطر بالسفر ، وفطر الحامل والمرضع خوفاً على الولد ، فقيل : كالمرض . وقيل : يقطع قطعاً ، لأنه باختياره .

قلت : أطلق الجمهور أن الحيض لا يقطع التتابع ، وذكر المتولي ، أنها لو كانت لها عادة في الطهر تمتد شهرين ، فشرعت في الصوم في وقت يتخلله الحيض ، انقطع ، ولو أفطرت الحامل والمرضع خوفاً على نفسيهما ، فقال المحاملي في « المجموع » ، وصاحبا « الحاوي » و« الشامل » والأكثرون : هو كالمرض . وفي « تجريد » المحاملي : أنه لا ينقطع قطعاً ، ولو غلبه الجوع فأفطر ، بطل التتابع . وقيل : كالمرض ، ذكره البغوي . والله أعلم .

فرع : نسيان النية في بعض الليالي ، يقطع التتابع كتركها عمداً ، ولا يجعل النسيان عذراً في ترك المأمور به .

قلت : لو صام أياماً من الشهرين ، ثم شك بعد فراغه من صوم يوم ، هل نوى فيه ، أم لا ؟ لم يلزمه الاستئناف على الصحيح ، ولا أثر للشك بعد الفراغ من اليوم ، ذكره الروياني في كتاب الحيض في مسائل المتحيرة[2] . والله أعلم .

ولو أكره على الأكل فأكل ، وقلنا : يبطل صومه ، انقطع تتابعه ، لأنه سبب

---

(١) قيد الحيض بكفارة القتل والوقاع للتنبيه على أنه لا يتصور في كفارة الظهار لاختصاصها بالرجال لكن هذا ممنوع فقد يتصور فيها أيضاً بأن تصوم عن قريبها الميت أو العاجز في كفارة الظهار بناء على القول المختار ثم يرد عليه كفارة اليمين على القول بوجوب التتابع فيها وستأتي هذه المسألة في كلامه لغرض آخر .

(٢) الروياني نقل ذلك عن أبيه ، والترجيح من عند الشيخ المصنف .

نادر ، هذا هو المذهب في الصورتين . وبه قطع الجمهور ، وجعلهما ابن كج كالمرض ، قال : ولو استنشق ، فوصل الماء إلى دماغه ، وقلنا : يفطر ، ففي انقطاع التتابع الخلاف .

قلت : لو أوجر الطعام مكرهاً ، لم يفطر ، ولم ينقطع تتابعه ، هكذا قطع به الأصحاب في كل الطرق ، وشذ المحاملي فحكى في « التجريد » وجهاً أنه يفطر وينقطع تتابعه ، وهذا غلط[1] . والله أعلم .

فرع : لو ابتدأ بالصوم في وقت يدخل عليه رمضان قبل تمام الشهرين ، أو يدخل يوم النحر ، لم يجزئه عن الكفارة . قال الإمام : ويعود القولان في أنه يبطل أم يقع نفلاً .

فرع : لو صام رمضان بنية الكفارة ، لم يجزئه عن واحد منهما ، ولو نواهما ، لم يجزئه عن واحد منهما أيضاً . وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد بن حربويه ، أنه يجزئه عنهما جميعاً ، وغلطه فيه . وفي كتاب ابن كج ، أن الأسير إذا صام عن الكفارة بالاجتهاد ، فغلط فجاء رمضان أو يوم النحر قبل تمام الشهرين ، ففي انقطاع التتابع الخلاف في انقطاعه بإفطار المريض .

فرع : إذا أوجبنا التتابع في كفارة اليمين ، فحاضت في خلال الأيام الثلاثة ، فقيل : فيه قولان ، كالفطر بالمرض في الشهرين ، ويشبه أن يكون فيه طريق جازم ، بانقطاع التتابع[2] .

قلت : صرح بالطريقة الجازمة ، الدارمي وصاحب « التتمة » فقالا : المذهب انقطاعه ، ذكره الدارمي في كتاب الصيام ، وفيه طريق ثالث ، أنه لا ينقطع قطعاً ، لأن وجوب التتابع في كفارة اليمين هو القول القديم ، والمرض لا يقطع على

---

(١) قال في الخادم ما حكاه عن المحاملي كأنه سبق قلم فإنه صرح بالاتفاق هنا بخلافه نعم سبق في الصيام حكايته عن الحناطي واستغربه ولعله رحمه الله تعالى أراد فسبق قلمه للمحاملي .

(٢) وهذا الذي حاوله ولم يستحضره فيه قولاً عجيبٌ فقد نقله في باب كفارة اليمين مع طريقين أخريين واقتضى كلامه أنها المذهب وجزم بها في البحر فيما إذا كانت لها أيام معلومة للحيض فانتقلت للصوم في وقت يتخلله الحيض ، وحكى فيما إذا كانت لها أيام معلومة طريقان أحدهما : القطع بالبطلان . والثانية : على القولين . وهذه الطريقة الأخرى هي التي جزم بها الرافعي في الأيمان .

القديم ، ذكر ذلك صاحبا « الإبانة » و « العدة » وغيرهما . قال صاحب « التتمة » : هذا غلط ، لأنه يمكنها الاحتراز بالثلاثة عن الحيض دون المرض . والله أعلم .

المسألة الخامسة : لو شرع في صوم الشهرين ، ثم أراد أن يقطع ويستأنف بعد ذلك ، فقد ذكروا في جوازه احتمالين . أحدهما : يجوز كما يجوز تأخير الابتداء ، لأنه ليس فيه إبطال عبادة ، فكل يوم عبادة مستقلة . والثاني : لا يجوز ، لأنه يبطل صفة الفرضية ، ويجري الاحتمالان في الحائض وغيرها ، فيمن شرع في الشهرين ، ثم عرض فطر لا يقطع التتابع ، ثم زال فأراد الفطر بلا عذر ، ثم يستأنف ، ثم الاحتمال الأول أرجح عند الغزالي . وقال الروياني : الذي يقتضيه قياس المذهب ، أنه لا يجوز ، لأن الشهرين عبادة واحدة ، كصوم يوم ، فيكون قطعه كقطع فريضة شرع فيها ، وذلك لا يجوز ، وهذا حسن . قال الإمام : والمسألة فيما إذا لم ينو صوم الغد ، وقال : الإفطار في اليوم الذي شرع فيه لبعد التسليط عليه وبالله التوفيق .

الخصلة الثالثة : الإطعام ، فيها مسائل .

إحداها : في قدر الطعام ، وهو في كفارة الظهار والجماع في رمضان ، والقتل إن أوجبناه، فيها ستون مداً لستين مسكيناً ، والمد : رطل وثلث بالبغدادي ، وهو مُدُّ رسول الله ﷺ . واعلم أن في قدر الفطرة والكفارة ونحوهما نوع إشكال ، لأن الصيدلاني وغيره ذكروا أن المعتبر فيه الكيل دون الوزن ، لاختلاف جنس المكيل في الخفة والثقل ، فالبر أثقل من الشعير ، وأنواع البر تختلف ، فالواجب ما حواه المكيال بالغاً وزنه ما بلغ . وقال بعضهم : التقدير المذكور في وزن المد ، اعتبر فيه البر أو التمر ، ومقتضى هذا ، أن يجزىء من الشعير ملء الصاع والمد ، وإن نقص وزنه ، لكن اشتهر عن أبي عبيد القاسم بن سلام ، ثم عن ابن سريج ، أن درهم الشريعة خمسون حبة وخمسا حبة ، ويسمى ذلك : درهم الكيل ، لأن الرطل الشرعي منه يركب ، ويركب من الرطل المد والصاع . وذكر الفقيه أبو محمد عبد الحق بن أبي بكر بن عطية ، أن الحبة التي يتركب منها الدرهم ، هي حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر وقطع من طرفيها ما امتد . ومقتضى هذا ، أن يحوي الصاع هذا القدر من الشعير ، وحينئذ إن اعتبرنا الوزن لم يملأ البر بهذا الوزن الصاع ، وإن اعتبرنا الكيل ، كان المجزىء من البر أكثر من الشعير وزناً .

قلت : هذا الإشكال وجوابه ، قد أوضحته في « باب زكاة المعشرات » . والله أعلم .

المسألة الثانية : يجب الصرف إلى ستين مسكيناً ، فلو صرف إلى واحد ستين مداً في ستين يوماً ، لم يجزئه ، ولو جمع ستين ، ووضع بين أيديهم ستين مداً ، وقال : ملّكتكم هذا وأطلق ، أو قال : بالسوية فقبلوه ، أجزأه على الصحيح . وقال الاصطخري : لا يجزئه[1] ، ولو قال : خذوا ونوى الكفارة ، فأخذوا بالسوية ، أجزأه[2] ، وإن تفاوتوا ، لم يجزئه إلا واحد ، لأنا نتيقن أن أحدهم أخذ مداً ، فإن تيقنا أن عشرة أو عشرين أو غيرهم أخذ كل واحد منهم مداً فأكثر ، أجزأه ذلك العدد ، ولزمه الباقي ، ولو صرف الستين إلى ثلاثين مسكيناً ، أجزأه ثلاثون مداً ، ويصرف إلى ثلاثين غيرهم ثلاثين مداً ، ويسترد الأمداد الزائدة من الأولين إن شرط كونها كفارة ، وإلا فلا يسترد .

ولو صرف ستين مداً إلى مائة وعشرين مسكيناً ، أجزأه من ذلك ثلاثون مداً ، ويصرف ثلاثين مداً إلى ستين منهم ، والاسترداد من الباقين على التفصيل المذكور . ويجوز صرف الكفارة إلى الفقراء ، ولا يجوز صرفها إلى كافر ، ولا إلى هاشمي ومطلبي ، ولا إلى من يلزمه نفقته كزوجة وقريب ، ولا إلى عبد ، ولا إلى مكاتب . ولو صرف إلى عبد بإذن سيده ، والسيد بصفة الاستحقاق ، جاز ، لأنه صرف إلى السيد .

ولو صرف إليه بغير إذنه ، بني على قبوله الوصية بغير إذنه ، ويجوز أن يصرف للمجنون والصغير إلى وليهما . وقيل : إن كان الصغير رضيعاً ، لم يصح الصرف له ، لأن طعامه اللبن ، والصحيح الأول . وحكى ابن كج فيما لو دفعه إلى الصغير فبلغه الصغير وليه .

فرع : يجوز أن يصرف إلى مسكين واحد مدين عن كفارتين ، ولو دفع مداً إلى مسكين ، ثم اشتراه منه ودفعه إلى آخر ، ولم يزل يفعل به هكذا حتى استوعب

(١) وصور في البيان المسألة بما إذا أقبضهم إياه فقبضوه ولا بد منه .

(٢) كذا جزم به ولم يجر فيه خلاف التي قبلها ولا يظهر منهما فرق لأن قوله خذوا إن كان تمليكاً فهي المسألة وإلا فلا يجزي لأنهم قالوا : يشترط التمليك .

ستين مسكيناً ، أجزأه ، لكنه مكروه .

فرع : لو وطىء المظاهر منها في خلال الإطعام ، لم يجب الاستئناف ، كما لو وطىء في خلال الصوم بالليل .

فرع : أطعم بعض المساكين ، ثم قدر على الصوم ، لا يلزمه العود إليه .

فرع : ذكر الروياني في التجربة ، أنه لو دفع الطعام إلى الإمام فتلف في يده قبل تفرقته على المساكين ، لا يجزئه على ظاهر المذهب ، بخلاف الزكاة ، لأن الإمام لا يدَ له على الكفارة .

المسألة الثالثة : جنس طعام الكفارة ، كالفطرة ، وقيل : لا يجزىء الأرز ، وقيل : لا يجزىء إذا نحيِّت عنه القشرة العليا ، لأن ادخاره فيها ، والصحيح الإجزاء ، ثم إن كان في القشرة العليا ، أخرج قدراً يعلم اشتماله على مد من الحب ، ولم يجر هذا الخلاف في الفطرة . وجرى ذكر قول في العدس والحمص ، ويشبه أن يجيء في كل باب ما نقل في الآخر ، وفي الأقط الخلاف المذكور هناك ، فإن قلنا بالإجزاء ، فيخص أهل البادية ، أم يعم الحاضر والبادي ؟ حكى ابن كج فيه وجهين . وفي اللحم واللبن خلاف مرتب على الأقط ، وأولى بالمنع ، ثم الاعتبار بغالب قوت البلد من الأقوات المجزئة ، أم بغالب قوته ، أم يتخير ؟ فيه أوجه[1] ، الصحيح : الأول : فإن كان الغالب مما لا يجزىء كاللحم ، اعتبر الغالب من قوت أقرب البلاد ، ولا يجزىء الدقيق ولا السويق ، ولا الخبز على الصحيح في الثلاثة ، ولا تجزىء القيمة قطعاً .

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : حكاية وجه بالتخيير هنا ليس منقولاً ، وإنما هو من تصرف الرافعي فإنه قال : يتعين غالب قوت البلد ، وقال ابن حربويه : الاعتبار بغالب قوته على الخصوص ، وقد ذكرنا في الفطرة وجهاً أو قولاً أنه يتخير بين الأجناس المجزئة وهو جار هنا .

الثاني : أنه لا حاجة إلى هذا التكليف فقد صرح الماوردي بحكايته منقولاً فقال في كتاب الأيمان : وفي جنس القوت قولان أحدهما أنه يجزئه أي نوع شاء والثاني أنه يجزئه النوع الغالب . قال . وأي غالب يعتبر فيه وجهان . أحدهما : غالب قوت البلد والثاني : فوقه لقوله تعالى : ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ .

المسألة الرابعة : يشترط تمليك المستحقين وتسليطهم التام ، فلا تكفي التغدية والتعشية بالتمر ونحوه .

المسألة الخامسة : في بيان ما يجوز العدول إلى الإطعام ، فمن عجز عن الصوم بهرم أو مرض ، أو لحقه من الصوم مشقة شديدة ، أو خاف زيادة في المرض ، فله العدول إلى الإطعام ، ثم قال الإمام والغزالي : لو كان المرض يدوم شهرين في غالب الظن المستفاد من العادة في مثله ، أو من قول الأطباء ، فله العدول إلى الإطعام ، ولا ينتظر زواله ليصوم ، بخلاف ما لو كان ماله غائباً ، فإنه ينتظره للعتق ، لأنه لا يقال فيه : لم يجد رقبة ، ويقال للعاجز بالمرض الناجز لا يستطيع الصوم ، ومقتضى كلام الأكثرين[١] أنه لا يجوز العدول إلى الإطعام بهذا المرض ، بل يعتبر أن يكون بحيث لا يرجى زواله ، وصرح المتولي بأن المرض المرجو الزوال ، كالمال الغالب ، فلا يعدل بسببه إلى الإطعام في غير كفارة الظهار ، وفيها الخلاف السابق ، فإن جوزنا الإطعام مع رجاء الزوال ، فأطعم ثم زال ، لم يلزمه العود إلى الصيام . وإن اعتبرنا كونه غير مرجو الزوال ، فكان كذلك ، ثم اتفق زواله نادراً ، فيشبه أن يلتحق بما إذا أعتق عبداً لا يرجى زوال مرضه فزال .

قلت : صرح كثيرون باشتراط كون المرض لا يرجى زواله ، والأصح ما قاله الإمام ، وقد وافقه عليه آخرون . وقال صاحب « الحاوي » : إن كان عجزه بهرم ونحوه ، فهو متأبد ، فله الإطعام ، والأولى تقديمه ، وإن كان يرجى زواله كالعجز بالمرض ، فهو بالخيار بين تعجيل الإطعام وبين انتظار البر للتكفير بالصيام ، وسواء كان عجزه بحيث لا يقدر على الصيام أو يلحقه مشقة غالبة مع قدرته عليه ، فله في الحالين الإطعام ، وكذا الفطر في رمضان ، قال : ولو قدر على صوم شهر فقط ، أو على صوم شهرين بلا تتابع ، فله العدول إلى الإطعام . قال إمام الحرمين في « باب زكاة الفطر » : لو

---

(١) قوله مقتضى كلام الأكثرين هو أصوب من كلام الرافعي حيث قال وقضية كلام الأكثرين ، فإن التقييد إنما صرح به الشيخ في المهذب والبغوي والمتولي والشاشي والجرجاني والذي يقتضيه كلام الأكثرين العدول بمجرد المرض لا يشترط فيه عدم رجاء الزوال وممن أطلق المرض الشيخ أبو حامد وأتباعه من العراقيين والدارمي في الاستذكار والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني ومن المراوزة القاضي الحسين وأبو الفرج الباز في تعليقه والشيخ أبو محمد في مختصره والغزالي في خلاصته وعليه نص الشافعي في الأم .

عجز عن العتق والصوم ولم يملك من الطعام إلا ثلاثين مداً ، أو مداً واحداً ، لزمه إخراجه بلا خلاف ، إذ لا بد له ، وإن وجد بعض مد ، ففيه احتمال ، وهذا كلامه ، وينبغي أن يحرم بوجوب بعض المد للعلة المذكورة في المد . قال الدارمي في « كتاب الصيام » : إذا قدر على بعض الإطعام ، وقلنا : يسقط عن العاجز ، ففي سقوطها عن هذا وجهان ، فإن قلنا : لا تسقط ، أخرج الموجود ، وفي ثبوت الباقي في ذمته وجهان . والله أعلم .

فرع : السفر الذي يجوِّز الفطر في رمضان ، لا يجوِّز العدول إلى الإطعام على الصحيح ، وعن القاضي حسين وغيره جوازه .

فرع : في جواز العدول إلى الإطعام بعذر الشبق وغلبة الشهوة وجهان . أصحهما عند الإمام والغزالي : المنع ، ومال الأكثرون إلى التجويز ، وبه قال أبو إسحاق ، ولم يذكر القاضي حسين غيره ، بخلاف صوم رمضان ، فإنه لا يجوز تركه بهذا ، لأنه لا بدل له .

قلت : ولأن في صوم رمضان يمكن الجماع ليلاً ، بخلاف كفارة الظهار ، ولو كان يغلبه الجوع ويعجز عن الصوم ، قال القفال والقاضي حسين والبغوي : لا يجوز له ترك الشروع في الصوم ، بل يشرع ، فإذا عجز ، أفطر ، بخلاف الشبق ، فإن له ترك الشروع على الأصح ، لأن الخروج من الصوم يباح بفرط الجوع دون فرط الشبق[1] . والله أعلم .

فصل : لو عجز عن جميع خصال الكفارة ، استقرت في ذمته على الأظهر ، وفي قول : لا شيء عليه أصلاً ، وقد سبق في « كتاب الصيام » ، وقد بني الخلاف على أن الاعتبار بحال الوجوب ، أم الأداء ؟ إن اعتبرنا حال الوجوب ، لم يستقر عليه شيء ، وكان للمظاهر أن يطأ ، ويستحب أن يأتيَ بما يقدر عليه[2] من الخصال ،

---

(١) لم يحك خلافه لكن جزم صاحب التتمة والبيان بأن له الانتقال إلى الإطعام وما ذكره من الفرق نظر لأنه إذا علم أو غلب على ظنه الجوع فما فائدة الشروع والخروج منه ومتى ينتقل إلى الإطعام .

(٢) قال الشيخ البلقيني قوله وإن اعتبرنا حالة الأداء لزمه أن يأتي بما يقدر عليه يقال عليه صورة المسألة أنه لا يقدر على شي ، وكان صواب العبارة أن يقال استقرت في ذمته ، فإذا قدر على الأداء لزمه أن يأتي بالذي قدر عليه ولا يطأ حتى يكفر .

وإن اعتبرنا الأداء ، لزمه أن يأتيَ بالمقدور عليه ، ولا يطأ المظاهر حتى يكفِّر[١] ، ومن وجد بعض رقبة فقط ، فكعادمها ، فيصوم ، فإن عجز ـ والحالة هذه ـ عن الصيام والإطعام ، فعن ابن القطان تخريج أوجه . أحدها : يخرج المقدور عليه ، ولا شيء عليه غيره . والثاني : يخرجه وباقي الكفارة في ذمته . والثالث : لا يخرجه أيضاً .

فصل : لا يجوز تبعيض كفارة ، بأن يعتق نصف رقبة ، ويصوم شهراً ، أو يصوم شهراً ، ويطعم ثلاثين[٢] ، وبالله التوفيق .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لو ظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها ، فلا يطأ حتى يكفر .

(٢) قطعوا به ، وحكوا في البحر في تبعيض جزاء الصيد وجهين فقال : لو أدى ثلث شاة وأطعم بقدر ثلثها وصام الباقي قال القفال : فيه وجهان : أحدهما : المنع ، والثاني : يجوز لأنه قد يجب الثلث فيه ابتداء دون الكل بخلاف الكفارة .

قال : وهذا أقيس عندي وأشبه بالمذهب .

كتاب اللعان[1] والقذف

فيه أبواب .

(١) لغة : المباعدة ، ومنه لعنه الله ، أي أبعده وطرده .
وسمي بذلك لبعد الزوجين من الرحمة ، أو لبعد كل منهما من الآخر فلا يجتمعان أبداً .
(لسان العرب ٥ / ٤٠٤٤) - (المصباح المنير ٢ / ٧٦١) - (مغني المحتاج ٣ / ٣٦٧) .
وشرعاً : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد .
(مغني المحتاج ٣ / ٣٦٧) - (فتح الوهاب ٢ / ٩٨) .
الأصل فيه كتاب الله عزَّ وجلّ وسنة رسوله ﷺ .
فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم** ﴾ إلى قوله : ﴿ **والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين** ﴾ .
وأما السنة فمنها ما روي عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه أن عويمر العجلاني أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل .
فقال النبي ﷺ : قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك اذهب فأت بها .
قال سهل : فتلاعنا وأنا عند رسول الله ﷺ مع الناس ، وفي بعضها وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فقال عويمر : كذبت عليها إن امسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره النبي ﷺ .
قال الزهري : فتلك سنة المتلاعنين .
وروى الأعمش عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود أنه قال · كنت في المسجد يوم الجمعة ، فقال رجل : لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتله فتقتلونه وإن تكلم حددتموه وإن سكت سكت على عظيم ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فأنزل الله آيات اللعان . فلاعن النبي ﷺ بينهما .
وروى عكرمة عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف زوجته عند رسول الله ﷺ بشريك بن السحماء فقال النبي ﷺ بينة أو حد في ظهرك ، فقال : يا رسول الله يرى أحدنا على امرأته رجلاً فيذهب ويلتمس البينة . فقال النبي ﷺ : البينة وإلا حد في ظهرك فقال : والذي بعثك بالحق إني لصادق الله ليبرىء
=

الأول : في ألفاظ القذف وأحكامه العامة ، وفيه طرفان .

الأول : في ألفاظه وهي ، صريح ، وكناية ، وتعريض .

الأول : الصريح ، وفيه مسائل .

إحداها : لفظ الزنا صريح كقوله : زنيت ، أو يا زانٍ ، أو يقول للمرأة : زنيت ، أو يا زانية .

والنَّيْك وإيلاج الحشفة أو الذَّكَر صريحان مع الوصف بالحرام[1] ، لأن مطلقهما يقع على الحلال والحرام . والخلاف المذكور في « باب الايلاء » في الجماع وسائر الألفاظ ، هل هي صريحة يعود هنا ؟ فما كان صريحاً وانضم إليه الوصف بالتحريم ، كان قذفاً . ولو قال : علوتِ على رجل حتى دخل ذكره في فرجك ، فهو قذف .

الثانية : إذا رمى بالاصابة في الدبر ، كقوله : لطت أو لاط بك فلان ، فهو قذف ، سواء خوطب به رجل أو امرأة . ولو قال : يا لوطي ، فهو كناية[2] .

قلت : قد غلب استعماله في العرف ، لارادة الوطء في الدبر ، بل لا يفهم منه إلا هذا ، فينبغي أن يقطع بأنه صريح ، وإلا فيخرج على الخلاف ، فيما إذا شاع لفظ في العرف ، كقوله : الحلال عليّ حرام وشبهه ، هل هو صريح ، أم كناية ؟

= ظهري من الحد ، فأنزل الله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ إلى قوله : ﴿ إن كان من الكاذبين ﴾ فدل الكتاب والسنة على ثبوته شرعاً .

(١) قال الشيخ البلقيني قوله مع الوصف بالتحريم لا يكفي في الصراحة المتناولة وطء زوجته وهي معتدة عن شبهة أو حائض أو نفساء ونحو ذلك مما ليس صريحاً في القذف فلا ينبغي أن يعد ذلك صريحاً إلا بأن ينضم إليه ما يقتضي الزنا ، فإن قيل فقول الأجنبي لست ابن فلان يكون به على النص المقرر قاذفاً لأمه فأما لغلبة استعماله في القذف بخلاف الوصف بالتحريم .

(٢) قال المصنف من زيادته قد غلب استعماله في العرف لارادة الوطء في الدبر بل لا يفهم منه إلا هذا ، فينبغي أن يقطع بأنه صريح وإلا فيخرج على الخلاف فيما إذا شاع لفظ في العرف كقوله : الحلال عليّ حرام وشبهة هل هو صريح أو كناية وأما احتمال أنه أراد على دين قوم لوط ﷺ فلا يفهمه القوام أصلاً ولا يسبق إلى فهم غيرهم ، فالصواب الجزم بأنه صريح ، وبه جزم صاحب التنبيه وإن كان المعروف في المذهب أنه كناية .

وأما احتمال كونه أراد على دين قوم لوط ﷺ ، فلا يفهمه العوام أصلاً ، ولا يسبق إلى فهم غيرهم ، فالصواب الجزم بأنه صريح ، وبه جزم صاحب « التنبيه » ، ولو كان المعروف في المذهب أنه كناية[١] . والله أعلم .

الثالثة : قال : أتيت بهيمة ، وقلنا : يوجب الحد ، فهو قذف .

أما الكناية ، فكقوله للقرشي : يا نبطي[٢] ، وللرجل : يا فاجر ، يا فاسق ، يا خبيث ، وللمرأة : يا خبيثة ، يا شبقة ، وأنت تحبين الخلوة ، وفلانة لا تردُّ يَدَ لامس وشبهها ، فإن أراد النسبة إلى الزنا ، فقذف ، وإلا فلا ، وإذا أنكر الارادة ، صدق بيمينه ، وإذا عرضت عليه اليمين ، فليس له الحلف كاذباً دفعاً للحد ، أو تحرزاً عن تمام الايذاء .

ولو خلى ولم يحلف ، فالمحكي عن الأصحاب ، أنه يلزمه الاظهار ليستوفى منه الحد ، وتبرأ ذمته ، كمن قتل رجلاً في خفية ، يجب عليه إظهاره ليقتص منه ، أو يعفى عنه . وعلى هذا يجب عليه الحد فيما بينه وبين الله تعالى ، وفيه احتمال للإمام ، ومال إليه الغزالي أنه لا يجب الاظهار ، لأنه إيذاء ، فيبعد إيجابه ، وعلى هذا لا يحكم بوجوب الحد ما لم يوجد الايذاء التام ، والأول أصح .

ولو قال لزوجته : لم أجدك عذراء ، أو وجدت معك رجلاً ، فليس بصريح على المشهور . وحكي عن القديم أنه صريح ، ولو قاله لأجنبية ، فليس بصريح قطعاً ، لأنه قد يريد زوجها . ولو قال : زنيت مع فلان ، فصريح في حقها دونه .

وأما التعريض ، فكقوله : يا بن الحلال ، وأما أنا فلست بزان ، وأُمي ليست بزانية ، وما أحسن اسمك في الجيران وشبهها ، فهذا كله ليس بقذف وإن نواه ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي ، ولا دلالة له هنا في اللفظ ، ولا احتمال ،

---

(١) قال الشيخ المصنف في تصحيح التنبيه : الصواب أنه كناية ، ولم ينفرد صاحب التنبيه بأنه صريح ، فقد ذكر في الكافي حكاية وجهين وتبع الجرجاني الشيخ صاحب التنبيه في كون ذلك صريحاً .

(٢) المذكور في النسخ الصحيحة من الرافعي فكقوله للعربي وهو أعم ، فإنه يشتمل القرشي وغيره ، وكذا غير الشافعي في المختصر فقال : ولو قال للعربي يا نبطي وهو بفتحتين كما قاله في الصحاح ، قال والنبط قوم ينزلون بالبطايح من العراقين والجمع أنباط ، وقيل هم نصارى الشام ، وقال ابن السيد النبط جنس من العجم يسكنون الشام والعراق ومنزلهم هناك منزلة القبط بمصر .

وما يفهم منه مستنده قرائن الأحوال ، هذا هو الأصح . وقيل : هو كناية لحصول الفهم والايذاء ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، وجماعة ، وسواء عندنا حالة الغضب وغيرها(١) .

فرع : النسبة إلى سائر الكبائر ، غير الزنى والايذاء ، وبسائر الوجوه لا يتعلق به حد ، ويجب فيه التعزير . وكذا لو قرطبه أو ديَّثه ، أو قال لها : زنيت بفلانة ، أو زنت بك ، أو أصابتك فلانة ، ونسبها إلى إتيان المرأة المرأة .

فصل : قال لزوجته ، أو أجنبية : زنيتُ بكِ ، فهو مقر على نفسه بالزنا ، وقاذف لها ، فعليه حد الزنا والقذف ، ويقدم حد القذف ، فإن رجع ، سقط حد الزنا دون القذف . ولو قالت امرأة لزوجها ، أو أجنبي : زنيت بك ، فكذلك عليها حد الزنا ، وحد قذفه ، هذا هو المعروف في المذهب . ورأي الإمام أن لا يجعل هذا صريحاً ، لاحتمال كون المخاطب مكرهاً ، وهذا أقوى ويؤيده أنه لو قال لها : زنيت مع فلان ، كان قذفاً لها دون فلان .

فرع : قال لزوجته : زنيتِ ، فقالت : زنيت بك ، أو بك زنيت ، فهو قاذف لها وهي ليست مصرحة بقذف ، فإن أرادت حقيقة الزنا ، وأنهما زنيا قبل النكاح ، فهي مقرة بالزنا وقاذفة له ، ويسقط حق القذف عنه لإقرارها ، ولكن يعزر ، كذا حكاه الصيدلاني عن القفال ، وإن أرادت أنها هي التي زنت وهو لم يزن ، كأنها قالت : زنيت به قبل النكاح وهو مجنون أو نائم ، أو وطئني بشبهة وأنا عالمة ، سقط عنه حد القذف ، وثبت عليها حد الزنا لإقرارها ، ولا تكون قاذفة له ، فإن كذبها وقال : بل

---

(١) قال في القوت قال في التنقيح أي شرط الوسيط للشيخ المصنف ونقله القاضي الحسين في تعليقه حكاية عن المذهب ثم أبدأ من عند نفسه أنه لا يكون كناية وهذا منه يفهم أن المذهب أنه كناية وأنه لم ينقل ترجيح الأول عن البغوي ، ونقل الثاني عن خلائق بطريقة العراقيين أقرب إلى كلام الشافعي في الأم فهي المذهب . قال الشافعي في الأم : فلما كان القول من الأعرابي الذي جاء إلى النبي ﷺ فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فهمه الأغلب عند منْ سمعها أنه أراد قذفها سمعه النبي ﷺ فلم يره قذفاً إذ كان لقوله وجه محتمل إذ لا يكون أراد به القذف إلى آخر ما ذكره .
وقال الشيخ البلقيني : قال في الأم في ترجمة التعريض بالخطبة وقلنا لا نحد أحداً في تعريض إلا بإرادة التصريح بالقذف . انتهى .
وهذا يدل على خلاف ما قال المصنف وغيره أنه الصحيح . انتهى كلام المصنف .

أردت قذفي ، صدقت بيمينها ، فإن نكلت فحلفت ، فله حد القذف ، فإن قالت : أردت أني لم أزن لأنه لم يجامعني غيره ، ولا جامعني هو إلا في النكاح ، فإن كان ذلك زنا ، فهو زان أيضاً ، أو قالت : أردت أني لم أزن ، كما لم يزن هو ، فليست قاذفة فتصدَّق بيمينها ، فإذا حلفت ، فلا حد عليها ، وعليه حد القذف ، وإن نكلت ، حلف واستحق حد القذف ، ولو قالت لزوجها : يا زاني ، فقال : زنيت بك ، ففي جوابه مثل هذا التفصيل ، ولو قال لأجنبية : يا زانية ، أو أنت زانية ، فقالت : زنيت بك ، فقد أطلق البغوي أن ذلك إقرار منها بالزنا ، وقذف له . ومقتضى ما ذكرناه من إرادة نفي الزنا عنه وعنها ، أن تكون الأجنبية كالزوجة .

فرع : قال : يا زانية ، فقالت : أنت أزنى مني ، لم تكن قاذفة له ، إلا أن تريد القذف ، فلو قالت : زنيتُ وأنت أزنى مني ، أو قالت ابتداءً : أنا زانية ، وأنت أزنى مني ، فهي قاذفة له ومقرة بالزنا ، ويسقط حد القذف عن الرجل . ولو قالت ابتداءً : أنت أزنى مني ، ففي كونها قاذفة وجهان حكاهما ابن كج[1] .

فرع : قال له : أنت أزنى [الناس][2] أو أزنى من الناس ، أو يا أزنى الناس ، فليس بقذف إلا أن يريده[3] .

---

(١) قال في القوت : المشهور أنه كناية .
قال في الخادم : قد تعرض الرافعي للترجيح بعد هذا بأسطر وقال المشهور الأول أي أنه ليس بقذف إلا أن يريده وكأنه لوضوحه بتركه هنا قال في الخادم أيضاً أخل أي في الروضة من كلام الرافعي ويحوز أن يفرق بين الجواب والابتداء كما سبق في قولها زنيت بك وهذا الذي قاله الرافعي تفقهاً قال به الداركي حكاه عنه الماوردي والروياني أنه يكون صريحاً في الابتداء دون الجواب لأنه يكون في الجواب رداً فجعل كناية .

(٢) وفي « ط » مني .

(٣) قال الإمام : لم أر فيه خلافاً ، وقد استبعد الشيخ عز الدين قول الشافعي أنه لا يكون قادفاً حتى يقول أنت أزنى زناة الناس من جهة أن المجاز ها هنا قد غلب على هذا اللفظ فقال : فلان أشجع الناس وأسخى الناس ، وأعلم الناس يفهمون مِن هذا اللفظ أنه أشجع شجعان الناس وأعلم علماء الناس ، والتعبير الذي وجب الحد لأجله حاصله هذا اللفظ فوق حصوله بقوله أنت زان يعني لأنه نسبه إلى المبالغة في الزيادة ، وقال بعضهم : إنما منع الشافعي أعمال المجاز الراجح هنا لأنه عنده مساوٍ لمقتضى اللفظ فهو كالحمل فلذلك سقط الحد وهو يسقط بأدنى من ذلك ، واعلم أن ما مال إليه الشيخ جزم به الماوردي .

قلت : هكذا نص عليه الشافعي والأصحاب ، وخالفهم صاحب « الحاوي » فقال بعد حكايته نص الشافعي والأصحاب : الصحيح عندي أنه قذف صريح ، ثم استدل له . وأما الجمهور فقالوا : هذا ظاهره نسبة الناس كلهم إلى الزنا ، وأنه أكثر زنا منهم ، وهذا متيقن بطلانه ، قالوا : ولو فسر وقال : أردت أن الناس كلهم زناة ، وهو أزنى منهم ، فليس بقذف لتحقق كذبه . ولو قال : أردت أنه أزنى من زناتهم ، فهو قذف له . والله أعلم .

ولو قال : أنت أزنى من فلان ، فالصحيح أنه ليس بقذف إلا أن يريده ، وعن الداركي أنه قذف لهما جميعاً . ولو قال : زنا فلان وأنت أزنى منه ، فهو صريح في قذفهما . وعن ابن سلمة وابن القطان ، أنه ليس بقذف للمخاطب ، والصحيح الأول . وكذا لو قال : في الناس زناة وأنت أزنى منهم ، أو أنت أزنى زناة الناس . ولو قال : الناس كلهم زناة وأنت أزنى منهم ، قال الأئمة : لا يكون قاذفاً له لعلمنا بكذبه . قالوا : وكذا لو قال : أنت أزنى من أهل بغداد إلا أن يريد ، أنت أزنى من زناة أهل بغداد(١) . ولو قال : أنت أزنى من فلان ، ولم يصرح في لفظه بزنا فلان ، لكنه كان ثبت زناه بالبينة أو الاقرار ، فإن كان القائل جاهلاً به ، فليس بقاذف ، ويصدق بيمينه في كونه جاهلاً ، ويجيء فيه وجه الداركي . وإن كان عالماً به ، فهو قاذف لهما جميعاً ، فيحد للمخاطب ، ويعزَّر لفلان ، ويجيء في قذف المخاطب وجه ابن سلمة وابن القطان .

فرع : قال لزوجته : يا زانية ، فقالت : بل أنت زان ، فكل واحد قاذف لصاحبه ، ويسقط حد القذف عنه باللعان ، ولا يسقط عنها إلا بإقراره أو ببينة .

---

(١) الحاصل إن تحققنا كذبه لم نحده لأن القذف إنما يلحق العار إذا كان في المظنة والشك ، وأما إذا تحقق كذب القاذف فلا ، وقد يورد على هذا قوله تعالى في القذف : ﴿ فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ فهذا يبطل قولهم إن نفس الكذب ينافي الحد ، ويمكن أن يقال في جوابه أن الكذب على نوعين : كذب بالحكم وكذب بالوجود فيحمل قوله تعالى في القذف على تكذيبهم حكماً ، ولهذا قال عند الله أي في حكم الله وليس المراد في علم الله قطعاً لأن بعضهم في علم الله صادق ولكنه صدق لا ينفعه في الحد والإثم ، وها هنا قيد في المسألة لا بد منه وهو أن يقذفهم بكلمة واحدة ، فلو فرضنا أنه عمد إلى كل واحد من آحاد بغداد فقذفه حتى استوعبهم لحددناه وإن كان قد عمهم بالقذف والنسب فيه أنه فرق القذف استقل السبب حيث لم يتحقق كذبه ، وإذا جمع دفعة واحدة اصطحب القذف والكذب قطعاً مما لم يستقل السبب إلا والمنافي معه .

وإذا تقاذف شخصان ، حد كل واحد منهما لصاحبه ، ولا يتقاصان ، لأن التقاص إنما يكون إذا اتحدت الصفات ، وألم الضربات يختلف .

فرع : قال لرجل : زنيتِ بكسر التاء ، أو للمرأة : زنيتَ بفتحها ، فهو قذف . ولو قال له : يا زانية ، أو قال[1] لها : يا زان ، أو يا زاني ، فهو قذف على المشهور ، وحكي قول قديم .

فرع : قال : زنأت في الجبل بالهمز ، فليس بقذف إلا أن يريده ، لأن معناه الصعود ، ويصدق بيمينه في أنه لم يرد القذف ، فإن نكل ، حلف المدعي ، واستحق حد القذف . ولو قال : زنأت في البيت ، فالصحيح أنه قذف ، لأنه لا يستعمل بمعنى الصعود في البيت ونحوه .

قلت : هذه عبارة البغوي . وقال غيره : إن لم يكن للبيت درج يصعد إليه فيها ، فقذف قطعاً ، وإن كان ، فوجهان . والله أعلم .

ولو قال : زنأت ، أو يا زانىء بالهمز ، واقتصر عليه ، ففيه أوجه . أصحها : ليس بقذف إلا أن يريده ، وبه قال القفال والقاضي أبو الطيب . والثاني : أنه قذف . وعن الداركي أن أبا أحمد الجرجاني نسبه إلى نصه في « الجامع الكبير » . والثالث : إن أحسن العربية ، فليس بقذف بلا نية ، وإلا فقذف . ولو قال : زنيت في الجبل وصرح بالياء ، فالأصح أنه قذف . وقيل : لا ، وقيل : قذف من عارف اللغة دون غيره .

قلت : ولو قال لها : يا زانية في الجبل بالياء ، فقد نص الشافعي رحمه الله في « كتاب اللعان » من « الأم » ، أنه كناية ، وبهذا جزم ابن القاص في « التلخيص » ونقل الفوراني أن الشافعي رضي الله عنه نص أنه قذف ، وتابعه عليه الغزالي في « الوسيط » وصاحب « العدة » ، ولم أر هذا النقل لغير الفوراني ومتابعيه ، ولم ينقله إمام الحرمين ، فليعتمد ما رأيته في « الأم » ، فإن ثبت هذا ، كان قولاً آخر ، ونقل صاحب « الحاوي » ، أن قوله : زنأت في الجبل ، صريح من جاهل العربية ، والصحيح أنه كناية منه ومن غيره كما سبق . والله أعلم .

---

(١) سقط في « ط » .

فصل : من صرائح القذف أن يقول : زنا فرجك ، أو ذكرك ، أو قبلك ، أو دبرك . ولو قال لها : زنيت في قبلك ، فقذف . وإن قاله لرجل ، فكناية ، لأن زناه بقبله لا فيه ، ذكره البغوي . ولو قال : زنى يدك ، أو رجلك ، أو عينك ، أو يداك ، أو عيناك ، فكناية على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . ثانيهما : أنه صريح . وقيل : إن قال : يداكِ أو عيناك ، فكناية قطعاً لمطابقة لفظ الحديث ، وإلا فوجهان . ولو قال : زنا بدنك ، فصريح على الأصح[١] ، كقوله : زنيت .

قلت : قال في « البيان » : لو قال للخنثى : زنا ذكرك وفرجك ، فصريح ، وإن ذكر أحدهما ، فالذي يقتضي المذهب أنه كإضافته إلى اليد[٢] . ولو قال لامرأة : وطئك رجلان في حالة واحدة ، قال صاحب « الحاوي » : يعزر ، ولا حد لاستحالته وخروجه من القذف إلى الكذب الصريح ، فيعزَّر للأذى ولا يلاعن . والله أعلم .

فصل : قال لابنه اللاحق به ظاهراً : لست ابني ، أو لست مني ، فالنص أنه ليس قاذفاً لأمه ، إلا أن يريد القذف . ولو قال لأجنبي : لست ابن فلان ، فالنص أنه قاذف لأمه ، وفيه طرق ، المذهب تقرير النصين ، لأن الأب يحتاج إلى تأديبه ، وهذا ضرب منه ، بخلاف الأجنبي . والثاني : فيهما قولان . أحدهما : صريح فيهما . والثاني وأقيسهما : كناية . والثالث قاله أبو إسحاق : ليس بصريح فيهما قطعاً ، وتأويل النص ما إذا نواه . والرابع قاله ابن الوكيل : صريح فيهما قطعاً ، وتأول ما ذكره في حق الولد ، فعلى المذهب ، إذا قال: لست ابني ، نستفسره ، فإن قال : أردت أنه من زنا ، فقاذف ، وإن قال : لا يشبهني خَلقاً وخُلقاً ، صدق بيمينه إن طلبتها ، فإن نكل ، حلفت واستحقت حد القذف ، وله أن يلاعن لاسقاطه على الصحيح .

---

(١) لم يحفظ غير طريقة الخلاف ، وفيها طريقة القطع بالصراحة واختارها المزني في جامعه ، وبها قال ابن سريج ، وجزم بها الدارمي ورجحها سليم الرازي والشيخ نصر المقدسي ، وقال المحاملي : إنها المذهب . وقال الجرجاني في الشافي : إنها القياس .

(٢) ما نقله في الاقتصار على أحدهما قد حكاه عنه الرافعي في باب حد [illegible] ، فقال : الذي يقتضيه المذهب أن فيه وجهين : أحدهما : أنه صريح والثاني : أنه كناية كما لو [illegible] لزنا إلى يد رجل أو امرأة وعلله في البيان [illegible]ن كل واحد منهما يحتمل أن يكون عضوان أبداً فهو كسائر أعضاء البدن ، واعلم أن الوجهين ليسا من تصرف صاحب البيان فقد ذكرهما القاضي أبو الفتوح في كتاب الحنائي ، ومنه أخذه صاحب البيان .

وقيل : لا يلاعن لإنكاره القذف .

وإن قال : أردت أنه من وطء شبهة ، فلا قذف ، فإن ادعت إرادته القذف ، حلف على ما سبق ، والولد لاحق به إن لم يعين الوطء بالشبهة ، أو عينه ولم تصدقه ولم يقبل الولد ، وإن صدق وادعى الولد ، عرض على القائف ، فإن ألحقه به لحقه ، وإلا لحق بالزوج .

وإن قال : أردت أنه من زوج كان قبلي ، فليس بقاذف ، سواء عرف لها زوج أم لا ، كذا قاله السرخسي .

وأما الولد ، فإن لم يعرف لها زوج قبله ، لم يقبل قوله ، بل يلحقه ، وإن عرف ، فسنذكر إن شاء الله تعالى في « كتاب العدة » ، أن الولد بمن يلحق ؟ فإذا لحقه ، فإنما ينفى عنه باللعان ، وإذا لم يعرف وقت نكاح الأول والثاني ، لم يلحق به ، لأن الولادة على فراشه ، والامكان لم يتحقق ، إلا أن يقيم بينة أنها ولدته في نكاحه لزمان الإمكان ، وتقبل فيه شهادة النساء المتمحضات ، فإن لم تكن بينة ، فلها تحليفه[1] ، فإن نكل ، فعلى ما سنذكره في الصورة الأخرى إن شاء الله تعالى .

وإن قال : أردت أنها لم تلده ، بل هو لقيط أو مستعار ، فلا قذف ، والقول قوله في نفي الولادة ، وعليها البينة ، فإن لم يكن بينة ، فهل يعرض معها على القائف ؟ وجهان مذكوران في موضعهما ، فإن قلنا : نعم ، فألحقه القائف بها ، لحق بالزوج واحتاج في النفي إلى اللعان . وإن قلنا : لا يعرض ، أو لم يلحقه بها ، أو لم يكن قائف ، أو أشكل عليه ، حلف الزوج أنه لا يعلم أنها ولدته[2] . فإن حلف ، انتفى ، وفي لحوقه بها الوجهان المذكوران في كتاب اللقيط ، وفي أن ذات

---

(١) سكت عن كيفية تحليفه ، وحكى في الحاوي وجهين أحدهما يحلف أنه ليس منه . والثاني : يحلف أنها ولدته لزمان ويستحيل كونه منه . قال : وعلى الوجهين لا يتعرض لكونه من الزوج الأول فإذا حلف انتفى عنه باللعان ، وإن نكل حلفت بالله أن هذا الولد منه ما هو من غيره وجهاً واحداً بأنها في ذلك على يقين . انتهى .

(٢) كذا اقتصر على هذه الصيغة في الحلف وهو رأي لابن الصباغ فإنه حكى عن تعليق القاضي أبي الطيب أنه يحلف أنها لم تلده على فراشه قال : والذي يقتضيه المذهب أنه يحلف أنه لا يعلم أنها ولدته لأنها يمين على نفي فعل الغير . انتهى . وهذا صرح به الصيدلاني في شرح المختصر .

الزوج ، هل يلحقها الولد بالاستلحاق ؟

وإن نكل الزوج ، فالنص أنه ترد اليمين عليها ، ونص فيما إذا أتت بولد لأكثر من أربع سنين ، وادعت أن الزوج كان راجعها أو وطئها بالشبهة ، وأن الولد منه وأنكر ونكل عن اليمين ، أنه لا ترد اليمين على المرأة ، فمن الأصحاب من جعلهما على قولين ، ومنهم من قرر النصين ، وفرق بأن الفراش ، قائم في الصورة الأولى ، فيقوى به جانبها ، والمذهب هنا ، ثبوت الرد ، فإذا قلنا به فحلفت ، لحقه الولد ، وإن نكلت ، فهل توقف اليمين حتى يبلغ الصبي ويحلف ؟ وجهان[1] . فإن قلنا : توقف فحلف بعد بلوغه ، لحق به ، وإن نكل أو قلنا : لا توقف ، انتفى عنه ، وفي لحوقه بها الخلاف السابق .

فرع : قال لمنفي باللعان : لست ابن فلان ، يعني الملاعن ، فليس بصريح في قذف أمه ، لأنه محتمل ، فيسأل ، فإن قال : أردت تصديق الملاعن في أن أمه زانية ، فهو قاذف ، وإن أراد أن الملاعن نفاه ، أو أنه منفي شرعاً ، أو لا يشبهه خَلقاً وخُلقاً ، صدق بيمينه ، فإذا حلف ، قال القفال : يعزر للإيذاء ، وإن نكل ، حلفت الأم أنه أراد قذفها ، واستحقت الحد عليه .

قلت : قد قاله أيضاً جماعة غير القفال . والله أعلم .

ولو استلحقه النافي ، ثم قال له رجل : لست ابن فلان ، فهو كما لو قاله لغير المنفي ، والمذهب أنه قذف صريح كما سبق . وقد يقال : إذا كان أحد التفاسير المقبولة أن الملاعن نفاه ، فالاستلحاق بعد النفي لا ينافي كونه نفاه ، فلا يبعد أن لا يجعل صريحاً ، ويقبل التفسير به .

قلت : هذا الذي أورده الرافعي ، حسن من وجه ، ضعيف من وجه ، فحسنه

---

(١) وعبارة الرافعي أو قولان أخذا من الخلاف فيما لو أقر الراهن بأن العبد المرهون كان قد جنى قبل الرهن وقلنا إن القول قول المرتهن فأنكر ولم يحلف ونكل الراهن أيضاً هل ترد اليمين على المجني عليه . فيه وجهان : أحدهما : أنه توقف حتى يبلغ فيحلف لأن الحق له . والثاني : لا توقف ، وليس له أن يحلف لأن يمين الرد لا ترد . انتهى .
وقضية هذا البناء ترجيح عدم الوقف فإنه صحح في باب الرهن عدم الرد وحكى الخلاف فيه قولين . قال : ويقال وجهان وهو مخالف لجزمه هنا بأنهما وجهان .

في قبول التفسير ، وضعفه في قوله : ليس بصريح ، والراجح فيه ما قاله صاحب « الحاوي » فقال : هو قذف عند الاطلاق ، فنحده من غير أن نسأله ما أراد . فإن ادعى احتمالاً ممكناً ، كقوله : لم يكن ابنه حين نفاه ، قبل قوله بيمينه ، ولا حد . قال : والفرق بين هذا وبين ما قبل الاستلحاق ، فإنا لا نحده هناك حتى نسأله ، لأن لفظه كناية ، فلا يتعلق به حد إلا بالنية ، وهنا ظاهر لفظه القذف ، فحد بالظاهر إلا أن يذكر محتملاً . والله أعلم .

فرع : قال لقرشي : لست من قريش ، أو يا نبطي ، أو قال لتركي : يا هندي ، أو بالعكس ، وقال : أردت أنه لا يشبه من ينتسب إليه في الأخلاق ، أو أنه تركي الدار واللسان ، صدق بيمينه ، فإن ادعت أم المقول له أنه أراد قذفها ، ونكل القاذف ، وحلفت هي ، وجب لها الحد أو التعزير ، وإن أراد القذف ، فمطلقه محمول على أم المقول له . فإن قال : أردت أن واحدة من جداته زنت ، نظر ، إن عيَّنها ، فعليه الحد أو التعزير ، وإن قال : أردت جدة لا بعينها في الجاهلية أو الإسلام ، فلا حد عليه ، كما لو قال : أحد أبويك زان ، أو في السكة زان ولم يعين ، ولكن يعزر للأذى ، فإن كذبته أم المقول له ، فلها تحليفه ، هكذا أطلقه الغزالي والبغوي والأئمة ، وفي « التجربة » للروياني ، أنه لو قال لعلوي : لست ابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وقال : أردت لست من صلبه ، بل بينك وبينه آباء ، لم يصدَّق ، بل القول قول من يتعلق به القذف ، أنك أردت قذفي ، فإن نكل ، حلف القائل ويعزَّر .

ومقتضى هذا ، أن لا يصدق القائل : أردت جدة من جدات المقول له ، مهما نازعته أمه ، بل تصدَّق هي ، لأن المطلق محمول عليها ، والسابق إلى الفهم قذفها ، فإن نكلت ، حلف القائل وبرىء .

قلت : وإذا قال : لم أرد شيئاً ، فلا حد ، فإن اتهمه الخصم ، حلفه كما سبق . والله أعلم .

الطرف الثاني : في أحكام القذف .

فإن كان المقذوف محصناً ، فعلى القاذف الحد ، وإلا فالتعزير . وشروط

الاحصان : العقل ، والبلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا . فلو قذف مجنوناً أو صبياً أو عبداً أو كافراً ، لم يحدَّ لكن يعزر للإيذاء .

وتبطل العفة بكل وطء يوجب الحد ، ومنه ما إذا وطىء جارية زوجته ، أو جارية أحد أبويه ، أو نكح محرَماً له ، أو وطىء المرتهن المرهونة عالماً بالتحريم ، وكذا لو أولج في دبر ، ثم نقل البغوي ، أنه تبطل حصانة الفاعل دون المفعول به ، لأن الاحصان لا يحصل بالتمكين في الدبر ، فكذا لا تبطل به الحصانة ، ورأى هو أن تبطل حصانتهما جميعاً ، لوجوب الحد عليهما .

قلت : إبطال حصانتهما ، هو الراجح ، وأي عفَّة وحرمة لمن مكَّن من دبره مختاراً عالماً بالتحريم . والله أعلم .

وأما الوطء الذي لا حد فيه ، فللأصحاب في ترتيب صوره وضبطه طرق أشهرها : أنه ينظر ، أجرى ذلك في ملك نكاح ، أو يمين ، أم في غير ملك ؟

القسم الأول : المملوك . وهو ضربان . أحدهما : محرَّم حرمة مؤبدة ، كمن وطىء مملوكته التي هي أُخته ، أو عمته برضاع أو نسب عالماً بالتحريم . فإن قلنا : يوجب الحد ، بطلت حصانته ، وإلا فتبطل أيضاً على الأصح ، لدلالته على عدم عفته ، بل هذا أفحش من الزنا بأجنبية ، ولو وطىء زوجته في دبرها ، بطلت حصانته على الأصح .

الضرب الثاني : ما يحرم غير مؤبد ، وهو نوعان . أحدهما : ما له حظ من الدوام ، كوطء زوجته المعتدة عن شبهة غيره وأمته المعتدة أو المزوجة ، أو المرتدة ، أو المجوسية ، وأمته في مدة الاستبراء ، فلا تبطل حصانتها على الأصح ، لقيام الملك وعدم تأبد الحرمة ، وعدم دلالته الظاهرة على قلة المبالاة بالزنا .

النوع الثاني : ما حرم لعارض سريع الزوال ، كوطء زوجته وأمته في الحيض ، أو النفاس ، أو الإحرام ، أو الاعتكاف ، أو المظاهَر منها قبل التكفير ، فلا تبطل الحصانة على المذهب . وقيل : على الوجهين .

القسم الثاني : الوطء الجاري في غير ملك ، كوطء الشبهة ، وجارية الابن .

وفي النكاح الفاسد ، كالنكاح بلا ولي ولا شهود[١] . وفي الإحرام ونكاح المتعة والشغار ووطء المكاتبة والرجعية في العدة ، ففي بطلان حصانته وجهان .

قال الشيخ أبو حامد : أصحهما لا تبطل[٢] ، واختار أبو إسحاق البطلان . قال الروياني : هو أقرب .

وأما وطء المشتركة ، فقال الداركي : هو على الوجهين ، وأشار صاحب « الشامل » وجماعة إلى القطع بأنه كوطء الزوجة في الحيض ، هذا أحد الطرق .

والطريق الثاني : أن في سقوط الحصانة بوطء المملوكة المحرمة برضاع أو نسب وجهين . وفي المشتركة وجارية الابن وجهان ، وأولى ببقاء الحصانة . وفي المنكوحة بلا ولي وجهان ، وأولى بالبقاء للاختلاف في إباحته ، وفي الوطء بالشبهة وجهان ، وأولى بالبقاء ، لأنه ليس بحرام ، ووجه إسقاطها ، إشعاره بترك التحفظ .

وفي الوطء الجاري في الجنون والصبي على صورة الزنا وجهان ، وأولى بالبقاء لعدم التكليف ، وهو الأصح .

والطريق الثالث : لا تبطل الحصانة بالوطء في ملك أو مع عذر كالشبهة ، وتبطل بما خلا عن المعنيين ، كوطء جارية الابن وأحد الشريكين .

والرابع : تبطل الحصانة بكل وطء حرام ، كالحائض ، دون ما لا يحرم ، كالوطء بشبهة ، فإنه لا يوصف بالحرمة .

والخامس : كل وطء تعلق به حد مع العلم بحاله يسقط الحصانة ، وما لا حد فيه مع العلم لا يسقطها ، كوطء جارية الابن والمشتركة .

---

(١) قوله والنكاح بلا ولي ولا شهود عبارة موهمة وصوابه أو بلا شهود ، فإن الفاقد لهما زنا ، وسيأتي أمر يتعلق بهذه المسألة .

(٢) صرح به الرافعي في الشرح الصغير والمحرر ، وتصحيح ذلك في الكل فيه نظر . أما في ووطء جارية الابن فالذي أورده الماوردي وغيره البطلان وهو قضية كلام المهذب وغيره فيهما ، وفي المشتركة ورجحه البغوي ، وهو الذي أورده الجويني في مختصره والغزالي في الخلاصة واقتضى كلام الدارمي ترجيحه بل هو ظاهر نص الشافعي في الأم

قلت : قد جمع إمام الحرمين هذا الخلاف المنتشر مختصراً فقال : ينتظم منه ستة أوجه .

أحدها : لا تسقط الحصانة إلا ما يوجب الحد .

والثاني : يسقطها هذا ، ووطء ذوات المحارم بالملك ، وهذا هو الأصح عند الرافعي في « المحرر » ، وهو المختار[١] .

والثالث : يسقطها هذا ، ووطء الأب والشريك .

والرابع : هذا ، والوطء في نكاح فاسد[٢] .

والخامس : هذا ، ووطء الشبهة من مكلف .

والسادس : هذا ، ووطء الصبي والمجنون[٣] ، ويجيء فيه سابع[٤] ، وهو هذا ، والوطء المحرم في الحيض وغيره ، ولا فرق في النكاح الفاسد بين العالم بتحريمه والجاهل ، قاله البغوي ، وينبغي أن يكون الجاهل كالواطىء بشبهة . والله أعلم .

فرع : قال البغوي : الكافر إذا كان قريب عهد بالإسلام ، فغصب امرأة ووطئها ظاناً حلها ، لا تبطل حصانته ، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف في وطء الشبهة[٥] .

---

(١) ما قاله أنه المختار . قال ابن الرفعة : إنه المنصوص في الأم والمختصر وعليه جرى كثيرون واقتصاره على سقوطها بشيئين عبارة قاصرة بل أهمل أمور كثيرة : منها وطء الزوجة في دبرها فإنه يسقط الحضانة على الأصح ، ومنها : وطء المملوكة التي ليست بمحرم له في دبرها .

(٢) حكايته الرابع عن الإمام هكذا فيه خلل بل الذي في النهاية ذلك « والوطء في نكاح بلا ولي ونحوه على خلاف المعتقد وإن أحله بعض العلماء » وكذا حكاه ابن الرفعة .

(٣) حكايته في السادس إلحاق المجنون بالصبي لم يحكه الإمام ، وفي إلحاقه به وقفة لجواز أن يريد بالصبي المميز ، ولا يصح إلحاق المجنون به مطلقاً ، والموقع للشيخ محيي الدين كلام الرافعي في حكاية الطرق فإنه قال : وفي الوطء الجاري في الصبي على صورة الزنا وجهان مرتبان فأولى بأن لا يؤثر لعدم التكليف وهو الأصح وكذا لا يؤثر الوطء الجاري في الجنون حتى لو بلغ وأفاق وقذفها قاذف وجب عليه الحد .

(٤) ما ذكره من مجيء سابع هكذا جزم به ابن الرفعة ، ويجيء وجه ثامن على وجه حسن .

(٥) في إطلاق الكافر على المسلم القريب العهد بالإسلام تساهل لا يخفى ، وعبارة التهذيب ولو أن كافراً

قلت : لا بد من مجيء الخلاف . والله أعلم .

فرع : مقدمات الزنا كالقبلة واللمس وغيرهما لا تؤثر في الحصانة بحال ، وللشيخ أبي محمد فيها احتمال[١] .

قلت : ومما يتعلق بهذا ، لو اشترى جارية فوطئها فخرجت مستحقة ، ففي بطلان حصانته وجهان في « الابانة » و« التهذيب » ، وهو من أقسام الشبهة ، فيكون الراجح بقاء الحصانة . ولو نكح مجوسي أُمة ووطئها ثم أسلم ، قال البغوي : لا تبطل حصانته ، وقال الفوراني : تبطل ، والأول أفقه ، لأنه لا يعتقد تحريمه[٢] . ولو أكره على الوطء ، ففي بطلان حصانته وجهان حكاهما الفوراني ، والمختار أنها لا تبطل ، لأنه لا يعد تاركاً للاحتياط . والله أعلم .

فرع : قذف عفيفاً في الظاهر ، فزنا المقذوف قبل أن يحد القاذف ، سقط الحد عن القاذف على المشهور ، وفيه قول قديم ، وهو مذهب المزني ، ولو ارتد المقذوف قبل الحد ، لم يسقط على الصحيح ، فعلى المشهور ، لو قذف زوجته ثم زنت ، سقط الحد عنه واللعان ، فإن كان هناك ولد وأراد نفيه ، فله اللعان ، ولو سرق المقذوف أو قتل قبل استيفائه الحد ، لم يسقط على المذهب ، وعن ابن القطان حكاية وجهين فيه .

فرع : من زنا مرة وهو عبد أو كافر ، أو عدل عفيف ، أو غيرهم من المكلفين ، ثم أعتق العبد ، وأسلم الكافر ، وتاب الآخر ، وحسنت أحوالهم ، لم

= أسلم حديثاً فغصب امرأة إلى آخره .

(١) ونقل الإمام الاتفاق على أنها لا تقدح في الحصانة ثم قال : نعم أبدى شيخي احتمالاً في قدح ذلك في العفة خرجه من نص الشافعي على أنه إذا زنا بعد القذف يسقط ، ووجه التخريج أن الزنا اللاحق لا يدل على زنا مستأنف وإنما يدل على ما سبق مقدماته .

قال : وليس بشيء . انتهى وقال ابن أبي الدم : ينبغي تخريجه والخلاف في حصول المصاهرة به .

قال النووي في التنقيح : قطع صاحب البلغة بأن فعل مواقع الزنا يسقط الاحصان وهو تعبد مخالف للمذهب .

(٢) وهذا الذي نقله عن الفوراني مردود ، فإن ظاهر كلام الابانة نقله عن أبي حنيفة لا عن مذهبنا ، وعبارته في باب حد القذف بعد أن حكى في مسائل عن أبي حنيفة فأما مجوسي نكح أُمة ثم أسلم فيبطل لك عتقه . كذا قال : هذا لفظه وحينئذ فلا خلاف عندنا في عدم البطلان وهو ظاهر لاعتقادهم الحل .

تعد حصانتهم ، ولم يحد قاذفهم ، سواء قذفهم بذلك الزنا أو بزنا بعده ، وفيما بعده . احتمال . ولو جرت صورة الزنا من صبي أو مجنون ، لم تسقط حصانته ، فمن قذفه بعد الكمال ، حُدّ ، لأن فعلهما ليس زنا لعدم التكليف .

فرع : قذف زوجته أو غيرها وعجز عن إقامة البينة على زنا المقذوف ، فهل له تحليفه أنه لم يزن ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان . الموافق لجواب الأكثرين له تحليفه ، قالوا : ولا تسمع الدعوى بالزنا والتحليف على نفيه إلا في هذه المسألة[١] .

قلت : العجز عن البينة ليس بشرط ، بل متى طلب يمينه ، جاء الخلاف ، قال البغوي : ولو قذف ميتاً ، وطلب وارثه الحد ، وطلب القاذف يمينه : أنه لا يعلم مورثه زنى ، نص الشافعي رحمه الله أنه يحلفه ، قال : وفيه الخلاف المذكور[٢] . والله أعلم .

فرع : هل على الحاكم البحث عن إحصان المقذوف ليقيم الحد على القاذف ، كما عليه البحث عن عدالة الشهود ليحكم بشهادتهم ؟ وجهان . قال أبو إسحاق : نعم ، وأصحهما عند الأصحاب : لا ، لأن القاذف عاص فغلظ عليه بإقامة الحد بظاهر الاحصان ، والمشهود عليه لم يوجد منه ما يقتضي التغليظ .

---

(١) ما حكاه عن الأكثرين فيه توقف ، وإنما قاله جمع من العراقيين كالبندنيجي وابن الصباغ ، وأطلق جماعة الوجهين بلا ترجيح ، والصواب نقلاً ودليلاً المنع . أما النقل فلأن الشافعي نص عليه في الاملاء والمختصر ، ولا يعرف له نص بخلافه إلا في مسألة الوارث الآتية وسنذكر الفرق بينهما ورجحه القاضي الحسين والبغوي والإمام والمتولي وقال : إنه ظاهر المذهب المنصوص في الاملاء وإن مقابله وجه مخرج . وقال في الكافي : إنه المذهب لأن التحليف لطلب الاقرار وهو مأمور بالانكار . قال ابن الرفعة : وإيراد ابن داود يقتضي القطع به فإنه قال : هذا مما يسمع فيه البينة ، ولا يحلف المدعي عليه ، وهي من إفراد قاعدة أن ما ليس بغير الحق ولكن ينفع منه هل يسمع الدعوى فيه للتحليف أم لا ؟ وقد ذكرهما في الدعاوى .

وأما دليلاً فلم ينقل عن النبي ﷺ في وقائع اللعان وقال : البينة وإلا حدٌّ في ظهرك . فدل على أنه لا طريق ثالث وقد ذكر الرافعي أن لنا في المسألة عودة في الدعاوى بعد عوده وكل موضع صحح فيه أنه يحلف فالمعتمد خلافه ، وسواء كان المقذوف أجنبياً أو زوجة .

(٢) ذكره الرافعي في الباب الأول من الدعاوى .

فصل : حد القذف وتعزيره حق آدمي ، يورث عنه ، ويسقط بعفوه . ولو قال لغيره : اقذفني ، فقذفه ، فوجهان . قال الأكثرون : لا يجب ، كما لو قال : اقطع يدي فقطعه ، لا شيء عليه . والثاني : يجب ، لأن القطع مباح في الجملة ، فقد يكون مستحق القطع . وأما القذف ، فلا يباح وإن كان المقذوف زانياً . وفيمن يرث حد القذف ؟ أوجه . أصحها : جميع الورثة ، كالمال والقصاص . والثاني : جميعهم غير الزوجين . والثالث : رجال العصبات فقط ، لأنه لدفع العار كولاية التزويج . والرابع : رجال العصبة سوى البنين كالتزويج[1] . فإن قلنا : يرث الزوجان ، فأنشأ قذف ميت ، ففي إرثهما وجهان ، لانقطاع الوصلة حالة القذف[2] ، إذا ورَّثنا الابن ، قدم على سائر العصبات ، ولو لم يكن للمقذوف وارث خاص ، فهل يقيم السلطان الحد ؟ قولان كما في القصاص ، وكما لو قذف ميتاً لا وارث له ، أظهرهما : يقيمه .

فرع : لو عفا بعض مستحقي حد القذف الموروث عن حقه وهو من أهل العفو ، فثلاثة أوجه . أصحها : يجوز لمن بقي استيفاء جميع الحد ، لأن الحد بثبت لهم ولكل واحد منهم ، كولاية التزويج وحق الشفعة . والثاني : يسقط جميع الحد كالقصاص ، وهو ضعيف ، إذ لا بدل هنا ، بخلاف القصاص ، والثالث : يسقط نصيب العافي ويستوفى الباقي ، لأنه متوزِّع[3] . بخلاف القصاص فعلى هذا ،

---

(١) فيه أمران :
أحدهما : أطلق الوجه الرابع وهو مخصوص بما إذا كان المقذوف أمهم ، ويدل عليه قياسه على ولاية التزويج ، وقد توجه أيضاً بأنه لا يثبت لهم ولاية النكاح على الأم فدل على أن ولاية دفع العار لغيرهم ، ولا يمكن مجيء مثله في باب القصاص لأن القصاص قد يفضي إلى المال فلا يفوت على البنين .
الثاني : حكاية الخلاف أوجهاً هو ما عليه الجمهور ومنهم الماوردي هنا ، وحكاها صاحب الافصاح والمحاملي في التجريد والماوردي في باب حد القذف أقوالاً .

(٢) سكت الشيخ عن الترجيح .
قال في الخادم : والراجح عدم الثبوت فقد حكاه القفال في شرح التلخيص عن قطع بعض الأصحاب وقال إنه حسن .

(٣) سكت عما لو استحق القذف واحد فعفي عن بعضه ، وقد تعرض لها في كتاب الشفعة ، وجزم بأنه لا يسقط شيء ، وينبغي بناؤه على الأوجه في عفو بعض الورثة ، فإن قلنا سقط نصيب العافي فها هنا أولى وكان له استيفاء الباقي ، وإن قلنا بالصحيح أنه لا يتبعض فكذا هنا لأنه لا سراية في حق الغير ثم =

يسقط السوط الذي يقع فيه شركة .

فرع : قذف رجل مورِّثه ، ومات المقذوف ، سقط عنه الحد إن كان حائز الإرث ، لأن القذف لا يمنع الإرث ، بخلاف القتل . ولو قذف أباه ، فمات الأب وترك القاذف وابناً آخر . فإن قلنا : إذا عفا بعض المستحقين كان للآخر استيفاء الجميع ، فللابن الآخر استيفاء الحد بتمامه ، وإن قلنا : يسقط الجميع ، فكذا هنا ، وإن قلنا : يسقط نصيب العافي ، فللابن الآخر استيفاء نصف الحد .

فرع : لو جُنَّ المقذوف بعد ثبوت حقه ، لم يكن لوليه استيفاء الحد ، بل يصبر حتى يفيق ، فيستوفي ، أو يموت فيورث . وكذا لو قذف المجنون أو الصغير ، ووجب التعزير ، لم يكن لوليهما التعزير ، بل يجب الصبر .

فرع : إذا قذف العبد ووجب التعزير ، فالطلب والعفو له لا للسيد ، لأن عرضه له لا للسيد ، حتى لو قذف السيد عبده ، كان له رفعه إلى الحاكم ليعزره ، هذا هو الصحيح . وقيل : ليس له طلب التعزير من سيده ، بل يقال له : لا تعد ، فإن عاد ، عزر كما يعزر لو كلفه مرة بعد مرة من الخدمة ما لا يحتمله حاله .

فلو مات العبد وقد استحق تعزيراً على غير سيده ، فأوجه . أصحها : يستوفيه سيده ، لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت كالحد . قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ، ولكنه أخص الناس به ، فما ثبت له في حياته ، يكون لسيده بعد موته بحق الملك كمال المكاتب . والثاني : يستوفيه أقاربه ، لأن العار إنما يعود عليهم . والثالث : يستوفيه السلطان كحرٍّ لا وارث له . والرابع : يسقط التعزير[1] ، وبالله التوفيق .

= رأيت الصيمري في شرح الكفاية قال : فإن قال أعفو عن نصف الحد ففيها ثلاثة أوجه . أحدها : يصح ذلك . والثاني : يكون عفواً عن الكل للشبهة . والثالث : يكون باطلاً ويحد حداً كاملاً . وتعرض له صاحب البحر أيضاً ، وظاهره جريان الخلاف فيما إذا كان المستحق واحداً أو جماعة .

(١) قال في الخادم : سكت عما إذا مات وقد استحق التعزير على سيده .
وحكى في الوسيط وجهين في أنه هل يستوفيه الإمام . قال النووي في التنقيح هذه غريبة قل من ذكرها ولم يذكرها في البسيط ولا النهاية هنا إلى آخر ما ذكره ولم يفصح بترجيح لكن قال بآخره إن نسخ الوسيط مختلفة فلا وثوق بهذه المسألة .

الباب الثاني في قذف الزوجة خاصة

الزوج كالأجنبي في صريح القذف وكنايته ، وفي أنه يلزمه بقذفها الحد إن كانت محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة ، إلا أن الزوج يختص بأنه قد يباح له القذف ، وقد يجب عليه ، وبأن الأجنبي لا يتخلص من العقوبة إلا ببينة على زنا المقذوف ، أو بإقرار المقذوف . وللزوج طريق ثالث إلى الخلاص ، وهو اللعان . وكما تندفع عنه عقوبة القذف باللعان ، يجب عليها به حد الزنا ، ولها دفعه بلعانها .

فصل : متى تيقن الزوج أنها زنت ، بأن رآها بعينه[1] تزني ، جاز له قذفها ، وكذا إن ظن زناها ظناً مؤكداً ، بأن أقرت به ووقع في قلبه صدقها ، أو سمعه ممن يثق به . قال ابن كج والإمام : سواء كان القائل من أهل الشهادة ، أم لا[2] ، واستفاض بين الناس أن فلاناً يزني بها ولم يخبره أحد عن عيان ، لكن انضمت إلى الاستفاضة قرينة الفاحشة ، بأن رآه معها في خلوة ، أو رآه يخرج من عندها ، فيجوز له القذف ، وإنما يجوز في صورة الاستفاضة ، إذا انضمت إليها القرينة . وعن الداركي : أنه يجوز بمجرد الاستفاضة . وعن ابن أبي هريرة : يجوز بمجرد القرينة ، والصحيح الأول ، لكن قال الإمام : الذي أراه ، أنه لو رآها معه مرات كثيرة في محل الريبة ،

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) تقييده الظن بالمؤكد ، قال الأذرعي في القوت : قال ابن الرفعة : استعمل الغزالي وغيره هنا الظن في مطلق التردد من غير نظر إلى الراجح وهو اصطلاح إذ جعل غلبة الظن هي المؤثرة ، ولو استعمله بحسب اصطلاح المتأخرين لم يحتج إلى تقييده بالغلبة لأن أقل الدرجات تكفي فيه إذ لا ضابط بعدها ، قيل وفيما حمل عليه كلام الغزالي من الاكتفاء بمجرد الرجحان نظر بل ظاهر كلامه خلافه وأنه يعتبر أمراً زائداً على مجرد الرجحان ، وكذا فهمه صاحبه محمد بن يحيى عنه فقال : إن علم زناها أو غلب على ظنه قريباً من العلم وقول الرافعي في كتبه أو ظنه ظناً مؤكداً يشير إلى ذلك واعتبارهم الطرق المذكورة يدل على أنه لا يكفي مطلق الظن بل ظن خاص غالب ، وجرى على ذلك في الخادم وما نقله الشيخ عن ابن كج والإمام يوهم قبول قول الفاسق إذا وثق بقوله
قال الشيخ ابن الرفعة . والظاهر أنهم لم يريدوا ذلك وإنما أرادوا كونه مقبول الخبر كالمرأة والعبد لأن هذا من باب الاخبار .
قال الأذرعي نعم لو أخبرته الزوجة بذلك ووقع في نفسه صدقها ، جاز اعتماده وقذفها وإن كانت فاسقة لأنه من باب المؤاخذة لا من باب الاخبار وذلك أبلغ في حصول الظن من خبر العدل لأن شأنها الكتمان لا سيما من الزوج .

كان ذلك كالاستفاضة مع الرؤية مرة ، وكذا لو رآها معه تحت شعار على هيئة مكرة ، وتابعه على هذا الغزالي وغيره . ثم ما لم يكن هناك ولد ، لا يجب على الزوج القذف ، بل يجوز أن يستر عليها ويفارقها بغير اللعان إن شاء ، ولو أمسكها لم يحرم .

قلت : قال أصحابنا : إذا لم يكن ولد ، فالأولى أن لا يلاعن ، بل يطلقها إن كرهها[1] . والله أعلم .

وإن كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه ، وجب عليه نفيه باللعان ، هكذا قطع به الأصحاب ، وفيه وجه حكاه الروياني عن جماعة أنه لا يجب النفي ، والصحيح الأول . قال البغوي وغيره : فإن تيقن مع ذلك أنها زنت ، قذفها ولاعن ، وإلا فلا يقذفها ، لجواز أن يكون الولد من زوج قبله ، أو من وطء شبهة . قال الأئمة : وإنما يحصل اليقين إذا لم يطأها أصلاً ، أو وطئها وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء ، أو لأقل من ستة أشهر . ولو وطئها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر ، ولدون أربع سنين ، فإن لم يستبرئها بحيضة ، أو استبرأها فأتت بولد لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء ، لم يحل له النفي ، ولا اعتبار بريبة يجدها في نفسه ، أو شبهة تخيل له فساداً ، وإن استبرأها وأتت به لأكثر من ستة أشهر من الاستبراء ، فثلاثة أوجه . أحدها : يجوز النفي ، لأن الاستبراء أمارة ظاهرة على أنه ليس منه ، والمستحب أن لا ينفيه ، لأن الحامل قد ترى الدم . والثاني : إن رأى بعد الاستبراء القرينة المبيحة للقذف ، جاز النفي ، بل لزمه ، وإن لم ير شيئاً ، لم يجز . والثالث : يجوز النفي ، سواء وجدت قرينة وأمارة ، أم لا ، ولا يجب بحال للاحتمال . وأصح هذه الأوجه الثاني ، صححه الغزالي ، وبه قطع العراقيون ، وبالأول قطع البغوي .

قلت : جعل الرافعي الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الاستبراء ، وكذا فعل القاضي حسين ، والإمام ، والبغوي ، والمتولي . والصحيح ما قاله المحاملي وصاحبا « المهذب » و « العدة » وآخرون أن الاعتبار في ستة الأشهر

---

(١) وكلام الجرجاني في التحرير يخالفه ، فإنه قال : إذا علم زناها ولا ولد لها استحب له قذفها ولعانها وجاز له تركها والصبر عليها هذا لفظه وكأنه يريد ترجيح القذف واللعان على الامساك ، وإن رجح الطلاق عليهما ولا ينفي خلافه .

من حين زنى الزاني بها ، لأن مستند اللعان زناه ، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من زنا ، ولأكثر من سنة من الاستبراء ، تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا ، فيصير وجوده كعدمه ، ولا يجوز النفي ، وهذا أوضح . والله أعلم .

ولو كان الزوج يطأ ويعزل ، فالصحيح الذي قطع به صاحبا « المهذب » و « التهذيب » وغيرهما أنه لا يجوز النفي بذلك ، فقد سبق الماء ، وجعله الغزالي مجوزاً للنفي . ولو جامع في الدبر أو فيما دون الفرج ، فله النفي على الأصح[1] .

فرع : لو أتت بولد لا يشبهه ، نظر ، إن خالفه في نقص وكمال خلقة ، أو حسن وقبح ونحوها ، حرم النفي ، وإن ولدت أسود وهما أبيضان أو عكسه ، فإن لم ينضم إليه قرينة الزنا ، حرم النفي ، وإن انضمت أو كان يتهمها برجل ، فأتت بولد على لون ذلك الرجل ، جاز النفي على الأصح عند البندنيجي والروياني وغيرهما . وصحح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب المنع .

قلت : المنع أصح ، وممن صححه غير المذكورين ، صاحبا « الحاوي » و « العدة »[2] . والله أعلم .

قال الإمام : ولا يؤثر الاختلاف في الألوان المتقاربة ، كالأدمة والسمرة والشقرة ، والقرينة من البياض .

فرع : متى نفى الولد ولاعن ، حكم بنفوذه في الظاهر ، ولا يكلف بيان السبب الذي بنى النفي عليه ، لكن يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى رعاية الأسباب المذكورة ، وبناء النفي على ما يجوز البناء عليه ، كما سبق .

---

(١) قال الأذرعي : لم يفصح الرافعي فيما إذا وطيء في الدبر بترجيح وقد رجحا في باب ما يجوز من الاستمتاع أن حكم الوطء في الدبر حكم القبل في لحوق النسب وهو خلاف ما صرح في الروضة هنا بتصحيحه ويشبه أن يكون الأرجح لأن سبق المأمن الوطء في الدبر مع الانزال فيه أبعد منه في سبقه عند المباشرة في ما دون الفرج من غير إيلاج ، وقد صرح الأصحاب بأن الراجح منه عدم اللحوق لا الحزم

قال ابن أبي عصرون في الانتصار هنا وإن كان يطؤها فيما دون الفرج ، فالمذهب أنه لا يلحقه الولد وكذلك إذا كان يطؤها في الدبر وجزم بذلك فيهما في تنبيهه .

(٢) ونقله الروياني في التجربة عن أكثر الأصحاب .

فصل : لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يتحقق إمكان الوطء ، فإذا نكح وطلقها في المجلس ، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا يحتمل وصول أحدهما إلى الآخر ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة ، أو جرى العقد والزوجان متباعدان ، أحدهما بالمشرق ، والآخر بالمغرب ، وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد ، ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان .

فرع : إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه ، لكنه رآها تزني واحتمل كونه من الزنا ، فليس له نفيه . وهل له القذف واللعان ؟ حكى الإمام عن العراقيين والقاضي ، أنه ليس له ذلك قال : والقياس جوازه لجواز القذف إذا تيقن الزنا ولا ولد ، انتقاماً منها ، فحصل وجهان ، الصحيح : المنع ، لأن اللعان حجة ضرورية ، إنما يصار إليها لدفع النسب ، أو قطع النكاح حيث لا ولد ، خوفاً من أن يحدث ولد على الفراش الملطخ ، وقد حصل الولد هنا ، فلم يبق فائدة ، ولأن في إثبات زناها تعيير الولد ، وإطلاق الألسنة فيه ، ولا يحتمل ذلك لغرض الانتقام مع إمكان الفراق بالطلاق[1] .

قلت : هذا النقل عن العراقيين مطلقاً غير مقبول على الاطلاق ، فقد قال صاحب « المهذب » : إن غلب على ظنه أنه ليس منه ، بأن علم أنه كان يعزل عنها ، أو رأى فيه شبه الزاني ، لزمه نفيه باللعان ، يعني بعد قذفها ، وإن لم يغلب على ظنه ، لم ينفه . وقال صاحب « الحاوي » : إذا وطئها ولم يستبرئها ورآها تزني ، فهو بالخيار بين اللعان بعد القذف ، أو بالإمساك . فأما نفي الولد ، فإن غلب على ظنه أنه ليس منه ، نفاه ، وإن غلب على ظنه أنه منه ، لم يجز نفيه ، وإن لم يظن أحد الأمرين ، جاز أن يغلّب حكم الشبه ، وهذا هو القياس الجاري على قاعدة الباب . والله أعلم .

---

(١) فيا نقله الإمام نظر ، أما ما عزاه للقاضي ، فالذي رأيته في تعليقه تخصيص المنع بما إذا لم يكن قرينة ترجح أن الولد من الزاني ، فإنه قال ما لفظه : وإن رأى بالولد شبهاً بالمرمي به لم يلاعن بمجرد الشبه وإن اتهمها به بدلالة أخرى فوجهان .

الباب الثالث في ثمرة اللعان ، وشروطه ، وصفته ، وأحكامه

فيه أطراف .

الأول : في ثمرات اللعان ، وهي نفي النسب وقطع النكاح ، وتحريمها مؤبداً ، ودفع المحذور الذي يلحقه بالقذف ، وإثبات حد الزنا عليها .

قلت : ومن الثمرات : سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه ، وكذا إن لم يسمه على خلافٍ فيه . ومنها : سقوط حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

ومنها : تشطير الصداق قبل الدخول ومنها : استباحة نكاح أختها وأربع سواها في عدتها . والله أعلم .

ولا يشترط لجواز اللعان ، تعلق جميع ثمراته به ، بل منها ما يستقل بإفادة حق جوازه ، ومنها خلافه ، فنفي النسب ، هو المقصود الأصلي ، فيجوز اللعان له وحده . وإن كان لا ينقطع به نكاح ، ولا يسقط به عقوبة ، بأن كان أبانها ، أو عفت عن العقوبة ، أو أقام بينة بزناها .

وأما دفع عقوبة القذف ، فيجوز اللعان لمجرد دفع الحد ، وإن لم يكن نكاح ولا نسب ، فإن كان الواجب التعزير ، فالتعزير المشروع عند القذف نوعان . تعزير تكذيب ، وهو المشروع في حق القاذف الكاذب ظاهراً ، بأن قذف زوجته الذمية أو الرقيقة ، أو الصغيرة التي يوطأ مثلها ، وتعزير تأديب ، وهو أن يكون كذبه معلوماً ، أو صدقه ظاهراً ، فيعزر لا تكذيباً له ، بل تأديبا لئلا يعود إلى السب والايذاء ، بأن قذف زوجته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها ، أو قذف الكبيرة بزنا ثبت بالبينة ، أو بإقرارها ، فلا يحد لسقوط حصانتها ، ويعزر تأديباً للإيذاء بتحديد ذكر الفاحشة .

فأما النوع الأول ، فيستوفى بطلبها ، وله إسقاطه باللعان على الصحيح .

وأما النوع الثاني ، فلا يلاعن لدفع تعزير التي لا يوطأ مثلها وإن كبرت وطالبت ، لأنه لا يعزّر للقذف . فإنه أتى بمحال لا يلحقها به عار ، وإنما يعزر منعاً له من الإيذاء ، والخوض في الباطل . وفيه وجه سيعود إن شاء الله تعالى . وإن قذف الكبيرة بزنا ثبت ببينة أو إقرارها ، قال الشافعي رضي الله عنه في رواية المزني : عزر

إن طلبت ذلك ، ولم يلتعن ، وفي رواية الربيع : يعزر إن طلبت ذلك إن لم يلتعن . وللأصحاب طرق ، أشهرها قولان . أظهرهما : لا يلاعن ، والطريق الثاني وهو الأصح ، وبه قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد : لا يلاعن قطعاً ، ورد رواية الربيع . والثالث : يلاعن قطعاً ، وتأول رواية المزني . والرابع : إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية وأثبته ببينة ثم قذفها به ، لم يلاعن ، وإن قذفها بزناً في الزوجية ، وأثبته ببينة ، ثم قذفها به ، لاعن ، وحمل النصين عليهما ، ثم ظاهر نصه في الروايتين أنه لا يعزر إلا بطلبها . وحكى الإمام وجهاً : أنه يعزره السلطان سياسة وإن لم تطلب ، كما يعزر من يقول : الناس زناة ، والصحيح الأول . قال الإمام : وليس هذا موضع الخلاف ، إنما موضعه ما إذا أضاف الزنى إلى حالة لا تحتمل الوطء ، بأن قال : زنيت وأنت بنت شهر ، لأن المحال لا يتأدى منه[1] .

قلت : وفي المسألة طريق خامس اختاره صاحب « الحاوي » ، وحكاه الشاشي : إن كان ثَمَّ ولد ، لاعن ، وإلا فلا ، وحمل النصين عليهما . والله أعلم .

فرع : قد سبق أن حد القذف يستوفى بطلب المقذوف ، وفي التعزير هذا التفصيل السابق قبل الفرع ، ثم ما كان من حد أو تعزير معلقاً بطلب شخص ، سقط بعفوه إذا كان أهلاً للعفو . فلو قذف زوجته ، فعفت عن الحد ولا ولد ، فليس له اللعان على الصحيح ، لعدم الضرورة ، ويجري الخلاف فيما لو ثبت زناها ببينة ، أو صدقته ولا ولد ، فلو سكت فلم تطلب الحد ولم تعف ، فليس له اللعان على الأصح عند الجمهور لما ذكرنا . ولو قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة ، فقيل : له اللعان في الحال ليسقط التعزير ، والأصح انتظار بلوغها وعقلها وطلبها التعزير . ولو

---

(١) قال في الخادم : تقييده المسألة بما إذا ثبت بالبينة أو الاعتراف يخرج ما لو ثبت بلعان الزوج بأن التعن وامتنعت ثم قذفها الزوج بالزنا .

ثانياً : فلا يحد لها لأن لعانه كالبينة في حدها وثبوت صدقه ويعزر للسب والإيذاء وليس له إسقاطه باللعان قولاً واحداً . قاله الماوردي وغيره من العراقيين وصرح به الشيخ أبو حامد والبندنيجي وسليم الرازي وابن الصباغ وفرضوا المسألة فيما إذا قذفها بالزنا الذي حدث به ، وبه جزم الرافعي بعد هذا الموضع بنحو أربعة أوراق ووجهه أن القذف هنا يقع بعد البينونة .

قذفها عاقلة فجنت ، أو في جنونها بزنا أضافه إلى حالة الإفاقة ، فعليه الحد . وهل له اللعان في الحال ، أم ينتظر الإفاقة ؟ فيه الوجهان .

وفي كل هذه الصور لو كان هناك ولد ، وأراد نفيه باللعان ، كان له ذلك قطعاً .

قلت : وكل موضع لاعن لنفي النسب أو غيره وهي مجنونة ، فقد حقق زناها ولزمها الحد ، لكن لا تحد في جنونها ، فإذا أفاقت حدت إن لم تلاعن ، ذكره المحاملي في « المجموع » . والله أعلم .

فرع : زنا بك ممسوح ، أو صبي ابن شهر ، أو قال : لرتقاء أو قرناء : زنيت ، فلا حد ويعزر للإيذاء ، ولا يلاعن على الصحيح[1] وكذا لو قال لممسوح : زنيت ، أو لبالغ : زنيت وأنت رضيع في المهد ، فلا حد ويعزر .

الطرف الثاني : في صفة الملاعن ، وله شرطان . الأول : أهلية اليمين ، لأن المعروف عند أصحابنا أن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة . وقيل : هو يمين فيها شوب الشهادة[2] ، فلا يصح لعان الصبي ولا المجنون[3] ، ولا يقتضي قذفهما لعاناً

---

(١) ويشبه أن يكون هذا في المحلوفة قرناء أو رتقاء أما من طرأ بها ذلك فقد ألحق بها اللعان بإطلاقه القذف أو بإرادة التمكين في الدبر فإنه يتصور فالمتجه استفساره .

(٢) وقد ذكر المصنف رحمه الله في لغات التنبيه مع هذين الوجهين وجهين أخرين :
أحدهما : أنه شهادة محضة .
والثاني : أنه شهادة فيها شائبة اليمين ، وحكى الأوجه في الكناية من الخلاف في وجوب الكفارة ومن صورة إبدال الشهادة بالحلف ونحوه بين عدم إيجاب الكفارة إما لأنها شهادة أو لأنها شهادة فيها شوب يمين، وتعين لفظ الشهادة إما لأنها شهادة أو لأنها شهادة فيها شوب وقد أعطاه الأصحاب في مواضع والمذهب الأول كما صرح به في باب الغسل عن الأصحاب ، قال في الخادم : ومسألة البغوي في استدخالها في حال الزوجة، فلو عكست الصورة بأن أخذت الماء وهو زوج ثم استدخلته بعد انقضاء عدتها، قال بعضهم: فيحتمل أن يقال تجب العدة لأن الماء محترم في أصله ويحتمل أن يقال لا عدة لأن غاية هذا المستدخل أن ينزل الآن منزلة من هو منه ومن هو منه لو كان الآن واطئاً بغير شبهة لم يجب عليها أن تعتد منه ، فكذا هنا لا تجب العدة عليها باستدخال مني الزوج أن يوجد الانزال واستدخالها معاً في حال الزوجية ، فلو أنزل ثم نكحها ثم استدخلت ماءه فلا عدة ولا نسب ، قال وسبق هناك ما فيه .

بعد كمالهما ، ولا عقوبة ، لكن يعزر المميز على القذف . فإن لم يتفق تعزيره حتى بلغ ، قال القفال : يسقط لأنه كان للزجر عن سوء الأدب ، وقد حدث زاجر أقوى منه وهو التكليف ، ويصح لعان الذمي ، والرقيق ، والمحدود في القذف ، ويصح اللعان عن الذمية ، والرقيقة ، والمحدودة في القذف .

فرع : قذف زوجته الذمية ، وترافعا إلينا ، ولاعن الزوج ، نص الشافعي رحمه الله ، أنها لا تجبر على اللعان ، ولا تجد إن امتنعت منه حتى ترضى بحكمنا . فإن رضيت ، حكمنا في حقها بما نحكم به في حق المسلمة . وللأصحاب طريقان ، الصحيح منهما أن المسألة على القولين في الذميين إذا ترافعا إلينا ، هل يجب الحكم بينهما ؟ وقد سبقا في نكاح المشرك ، إن أوجبنا الحكم ، حددناها إن لم تلاعن ، ولا يعتبر رضاها ، وإن لم نوجبه ، لم نحدها حتى ترضى بحكمنا ، وعلى هذا الطريق ، سواء كان الزوج مسلماً أو ذمياً ، والطريق الثاني : لا يجري عليها الحكم حتى ترضى قطعاً .

ولو قذفها زوجها الذمي ، وترافعا ، ولم يرض الزوج بحكمنا ، وطلبته المرأة ، فهل يجبر الزوج على اللعان ويعزر إن لم يلاعن ، أم يتوقف ذلك على رضاه ؟ فيه القولان في وجوب الحكم بينهم ، ولا يجيء الطريق الثاني . ولو قذفها زوجها المسلم ، ولاعن ، فذاك ، وإن امتنع ، وطلبت التعزير ، استرفاه الحاكم .

ثم الواجب على الذمي في قذف الذمية ، التعزير إن كان مثلها ، كما أن الواجب بقذف الرقيقة ، التعزير وإن قذفها رقيق .

الشرط الثاني : الزوجية ، فلا لعان لأجنبي ، فلو طلقها رجعية بعد أن قذفها ، أو قذفها في عدة الرجعة ، فله أن يلاعنها كما يطلقها ، ويظاهر ويؤلي . ويصح لعانه في الحال ، وتترتب أحكامه .

= حكم الأيمان قطعاً ، وفي مواضع حكم الشهادة قطعاً ، وفي مواضع حكم الأيمان على الأصح وفي مواضع حكم الشهادة على الأصح .

(٣) وينبغي أن يكون المراد بالمميز من له نوع مميز من الصبي والجنون كما صرح به في حد القذف وإن كان لفظه هنا يوهم القصر على الصبي وهو ما يقتضيه كلام الماوردي .

ولو ارتد بعد الدخول ثم قذفها وأسلم في العدة ، فله اللعان ، ولو لاعن في الردة ، ثم أسلم في العدة ، وقع اللعان في النكاح ، فيصح ويقع موقعه ، لأن الكافر يصح لعانه ، وإن أصر حتى مضت العدة ، تبينا وقوعه في حال البينونة ، فإن كان ولد ونفاه باللعان ، نفذ ، وإلا تبينا فساده ، ولا يندفع حد القذف عنه على الأصح ، وبه أجاب ابن الحداد[1] .

فرع : وطىء امرأة في نكاح فاسد أو شبهة ، بأن ظنها زوجته أو أمته ، ثم قذفها وأراد اللعان ، فإن كان هناك ولد منفصل ، فله اللعان ، فينتفي به النسب بلا خلاف ، ويسقط به حد القذف على الصحيح تبعاً ، وقيل : لا يسقط لعدم الزوجية وانتفاء الضرورة ، إذ كان يمكنه أن يقول : ليس الولد مني ، ولا يقذفها ، وتتأبد الحرمة بهذا اللعان على الأصح .

قلت : فإذا قلنا بالضعيف : إنه لا تتأبد الحرمة ، فهل يستبيحها بلا محلل ، أم يفتقر إلى محلِّل كالطلاق الثلاث ؟ وجهان ، في « الحاوي » الصحيح : لا يفتقر . والله أعلم .

ولا يلزمها حد الزنا ، ولا يلاعن معارضة للعانه على الأصح . وقيل : يلزمها وتلاعن لإسقاطه . وإن كان هناك حمل ، فهل هو كالمنفصل في اللعان ؟ فيه خلاف نذكره قريباً إن شاء الله تعالى فيما إذا أبان زوجته ثم قذفها ، وإن لم يكن ولد ولا حمل ، فلا لعان كالأجنبي . ولو قذف في نكاح يعتقد صحته ، ولاعن على ذلك الاعتقاد ، ثم بان فساده ، ولا ولد ، لم يسقط عنه الحد على الأصح ، فعلى هذا : لا يثبت شيء من أحكام اللعان .

فرع : قذف زوجته ثم أبانها ، فله أن يلاعن لنفي الولد ، ولإسقاط عقوبة القذف ، وإن لم يكن ولد إذا طلبتها ، لأن القذف وجد في الزوجية ، فإن عفت ،

---

(١) قال في الخادم : يستثنى صورتان يصح فيهما لعان الأجنبي :
إحداهما : البائن يصح لعانها بعد البينونة .
الثانية : من وطىء فاسداً أو نكح بشبهة من ظنها زوجته أو أمته أو قذفها فإنه يلاعن لنفي السبب وممن استثناهما المحاملي في اللباب وحكاه النووي في التنقيح عن الأصحاب ، وقال المراد بالزوج من له علقة النكاح ، وحينئذ فلا استثناء .

فلا لعان ، وكذا إن لم تطلب على الأصح ، وإذا لاعن ، لزمها الحد ، ولها إسقاطه باللعان . وفي تأبد الحرمة بلعانه الوجهان كالنكاح الفاسد ، لوقوعه خارج النكاح .

فرع : أبانها بخلع أو بالطلاق الثلاث ، أو بفسخ ، أو كانت رجعية فبانت بانقضاء العدة ، ثم قذفها بزنا مطلق ، أو مضاف إلى حال النكاح ، فإن كان ولد يلحقه بحكم النكاح السابق ، فله اللعان ، ويسقط به عنه الحد . قال البغوي : ويلزمها حد الزنا إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح ، ولها إسقاطه باللعان ، فإن لم يضف ، لم يلزمها . وفي تأبد الحرمة ومعارضتها باللعان الخلاف السابق ، والخلاف في المعارضة جار في كل لعان بمجرد نفي الولد ، كما لو أقام بينة بزناها أو أقرت .

وإن كان هناك[1] حمل ، فهل له اللعان قبل انفصاله ؟ فيه نصان رواهما المزني في « المختصر » و « الجامع » فقال أبو إسحاق : لا يلاعن قطعاً ، إذ قد لا يكون ولد ، وتأول النص الآخر . والصحيح أن المسألة على قولين . أحدهما : هذا ، وأظهرهما عند الأكثرين : يلاعن ، كما لو كان في صلب النكاح . فعلى هذا لو لاعن فبان أن لا حمل ، تبينا فساد اللعان ، وإن لم يكن ولد ولا حمل لم يلاعن على الصحيح ، وقيل : له اللعان إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح .

فرع : قذف زوجته بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح ، فإن لم يكن ولد ، لم يلاعن ، وإن كان ، فوجهان . أحدهما : لا يلاعن ، لأنه مقصر بالتاريخ ، وكان حقه أن يطلق القذف . فعلى هذا ، له أن ينشىء قذفاً ويلاعن لنفي النسب ، فإن لم يفعل ، حدَّ ، وبهذا قال أبو إسحاق ، وصححه الشيخ أبو حامد وجماعة . والثاني ، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري ، وصححه القاضي أبو الطيب ، والإمام ، والروياني وغيرهم : له اللعان ، فعلى هذا ، يسقط الحد بلعانه ، وهل عليها حد الزنا بلعانه ؟ وجهان . وهل لها معارضته باللعان ؟ فيه الوجهان السابقان .

قلت : صحح في « المحرر » قول أبي إسحاق ، وهو أقوى . والله أعلم .

فصل : قذفها ولاعنها ، ثم قُذفت ، فلها حالان . أحدهما : أن لا يلاعن

---

(١) سقط في « ط » .

معارضة للعانه ، وحدّت حد الزنا ، فالقذف الثاني ، إن كان من الزوج ، نظر ، إن قذفها بذلك الزنا أو أطلق ، لم يلزمه إلا التعزير[١] ، لأنا صدقناه في ذلك الزنا ، وإنما يعزر للإيذاء . وإن قذفها بزنا آخر ، فوجهان . أحدهما : يحد كما لم يلاعن . وأصحهما : يعزر فقط ، لأن لعانه في حقه كالبينة ، وليس له أن يلاعن لدفع التعزير ، لأنه قذف بعد البينونة ، وإن قذفها أجنبي بذلك الزنا ، حد على الأصح . وقيل : يعزَّر ، وإن قذفها بغيره ، حُد على المذهب . وقيل : فيه الوجهان[٢] .

الحال الثاني : أن يلاعن ، فإن قذفها الزوج بذلك الزنا ، أو أطلق ، عزِّر فقط ، وإن قذفها بزنا آخر ، فالمذهب أنه يحد ، وقيل : يعزر على قول قديم ، وقيل : هو وجه ، وهذا الخلاف جارٍ سواء قذفها بزناً آخر بعد اللعان أو قبله ، وسواء قلنا : يحد أو يعزر ، فليس له اللعان ، لأنها بائن ولا ولد . وإن قذفها أجنبي ، حد سواء قذفها بذاك الزنا أو غيره . وقيل : إن قذفها بذاك الزنا ، عزر ، والصحيح الأول .

وسواء في الزوج والأجنبي ، كان ولد فنفاه باللعان وبقي أو مات أو لم يكن ، هذا كله إذا قذفها ولاعن ثم قذف ، أما إذا قذفها ولم يلاعن ، فحد للقذف ، ثم قذفها بذلك الزنا ، فلا يحد لأنه ظهر كذبه بالحد الأول ، ويعزر تأديباً للإيذاء . وقد سبق أنه لا يلاعن ، لإسقاطه مثل هذا التعزير على الصحيح . وإن قذفها بزناً آخر ، فوجهان . قال البغوي : أصحهما : يعزر . وقال أبو الفرج الزاز : أصحهما : يحد لأن كذبه في الأول لا يوجب كذبه في الثاني ، فوجب الحد لدفع العار . وهل يلاعن

---

(١) وفي الاستذكار أنه لا يحد وينهى ، فإن عاد عزر للإيذاء

(٢) فيه أمران :

أحدهما : الذي في الرافعي تخصيص الخلاف بما إذا قذفها بما قذفها به الزوج أما إذا كان بغيرها فيجب قطعاً وكذا قال البغوي . وعبارة الرافعي : فإن قذفها أجنبي فعليه الحد سواء قذف بتلك الزنية أو بغيرها ، وقيل إن قذفها بتلك الزنية ففيه خلاف والظاهر وجوب الحد . انتهى .

فتصريح الروضة بحكاية طريقين لا أعلم من أين أخذه .

الثاني : أن ترجيح الحد مشكل لأنها إذا كانت محضة فواجبها الرجم فكيف يحد قاذفها وهي صائرة إلى القتل بسبب الزنا . قاله في الخادم .

لإسقاط الحد أو التعزير ؟ وجهان . أصحهما : لا ، لظهور كذبه بالحد . وإن قذفها أجنبي بذلك الزنا أو غيره ، حد .

فرع : قذف زوجته أو غيرها مرتين فصاعداً ، فإن أراد زناً واحداً ، فعليه حد واحد ، لأنه لم يقذف إلا بفاحشة واحدة ، فإن حد مرة ، فأعاد ، عزر للإيذاء ، ولا يجد لظهور كذبه . وإن قذف بزناً آخر ، كقوله : زنيتِ بفلان ، ثم قال : زنيتِ بآخر ، فقولان . الجديد وأحد قولي القديم : يجب حد واحد . والقديم الآخر : يتعدد الحد ، ورأى ابن كج القطع بحد واحد ، فإذا قلنا : حد واحد ، فقذف فحد ، ثم قذف ثانياً ، فهل يحد ثانياً ، أم يعزر لظهور كذبه بالحد الأول ؟ وجهان أو قولان . قال ابن كج : الصحيح منهما التعزير .

ولو قذف زوجته مرتين فصاعداً بزنيتين ، ففي التعداد والاتحاد هذا الخلاف ، فإن قلنا بالاتحاد ، كفى لعان واحد ، وإن قلنا بالتعدد ، فوجهان . أحدهما : يتعدد اللعان بحسب تعدد الحد ، وأصحهما : يكفي لعان واحد ، لأنه يمين ، وإذا كان الحقان لواحد ، كفى يمين ، إلا أنه يقول في اللعان : أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنيتين . وإن سمى الزانيين ، ذكرهما في اللعان ، فلو وقع أحد القذفين في الزوجية ، والآخر خارجها ، فله صورتان . إحداهما : أن يقذف أجنبية ، ثم يتزوجها قبل أن يحد ، ثم يقذفها . فينظر إن قذفها بالزنا الأول ، لم يجب إلا حد ، وليس له إسقاطه باللعان ، وإن قذفها بزنا آخر ، ففي تعدد الحد واتحاده طريقان . أحدهما : على القولين فيما إذا قذف زوجته أو أجنبياً بزنيتين . والثاني : القطع بالتعدد ، لاختلاف موجبهما ، لأن الثاني يسقط باللعان ، بخلاف الأول فصارا كحدين مختلفين ، ولا تداخل مع الاختلاف ، وهذا الطريق أرجح عند القاضي أبي الطيب ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه . ورجح آخرون طريقة القولين ، قالوا : وموجب القذفين الحد ، ولا اختلاف فيه ، وإنما الاختلاف في طريق الخلاص منه ، فإن قلنا بالاتحاد ، فإن لم يلاعن ، حد لهما حداً واحداً ، وإن لاعن الثاني حد للأول ، وإن حد للأول قبل أن يلاعن ، سقط اللعان للثاني ، إلا أن يكون هناك ولد فيلاعن لنفيه ، فإن لم يكن ، فعلى الخلاف في أنه هل يجوز اللعان لمجرد غرض قطع النكاح وإلصاق العار بها ، وقد سبق أن قلنا بالتعدد ، فإن طالبت

أولاً للقذف الأول ، فأقام بينة بزناها ، سقط الحدان ، لأنه ثبت أنها غير محصنة ، وإن لم يقم حد . ثم إذا طالبت للثاني ، فأقام بينة أو لاعن ، سقط عنه الحد الثاني ، وإلا حد ثانياً ، وإن طالبت أولاً بالثاني ، فأقام بينة ، سقط الحدان ، وإلا فإن لاعن ، سقط الحد الثاني دون الأول ، وإن لم يلاعن ، حد للثاني ، ثم يحد للأول . وإن طالبت بهما جميعاً ، حد للأول لسبق وجوبه ، ثم للثاني إن لم يلاعن . وإن حد في القذف الأول ، ثم قذفها في النكاح ولم يلاعن ، حد ثانياً على الصحيح ، وقال ابن الحداد : لا يحد للثاني . قال الشيخ أبو علي : لم يرض هذا أحد من أصحابنا ، وقالوا : يحد ثانياً إذا لم يلتعن تفريعاً على قول التعدد ، قالوا : ولا فرق بين أن يقذف في النكاح بعد أن يحد للأول أو قبله ، في أنه يحد الثاني إذا لم يلتعن ، لكن إذا كان قبله ، حد لكل واحد منهما .

فرع : قذف زوجته ثم أبانها بلا لعان ، ثم قذفها بزنا آخر ، فإن حد للأول ، ثم نكحها ، ففي حده للثاني قولان ، كما لو قذف أجنبية فحد ، ثم قذفها ثانياً ، وإن لم تطلب حد القذف الأول حتى أبانها ، فإن لاعن للأول ، فقيل : يحد للأول . وقيل : قولان ، وإن لم يلاعن ، فقيل : يحد حدين ، وبه قال ابن الحداد . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني : حد واحد[1] .

فرع : قذف زوجته البكر فلم تطالبه حتى فارقها ، ونكحت غيره ووطئها وصارت محصنة ، وقذفها الثاني ، ثم طالبتهما ، فلاعن كل واحد منهما ، وامتنعت هي من اللعان ، فقد ثبت عليها بلعان الأول زنا بكر ، وبلعان الثاني زنا محصنة ، وفيما عليها ؟ وجهان . أحدهما : الرجم فقط ، لأن شأن الحدود التداخل . وأصحهما وبه قال ابن الحداد : يلزمها الجلد ثم الرجم . قال الشيخ أبو علي : هذا ظاهر المذهب ، لأن التداخل إنما يكون عند الاتفاق ، وقال : وعلى هذا ، لو زنا العبد ، ثم عتق ، فزنى قبل الاحصان ، فقيل : عليه خمسون جلدة لزناه في الرق ،

---

(١) قال في الخادم : في تصوير هذا الفرع اختلال من جهات ، منها قوله : ثم نكحها ، وصوابه : ثم قذفها ، ومنها قوله : وإن لم تطلب حد القذف حتى أبانها كلام ناقص ، وصوابه : حتى قذفها ، ومنها قوله : فقيل بحد للأول ، وصوابه : للثاني ، وكذا وقع في نسخ الرافعي ولم يرجحا شيئاً ، والأرجح قول ابن الحداد ان حد بينهما وإلا فحد واحد على الأصح . انتهى .

وأخذه من كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له . قاله البكري .

ومائة لزناه في الحرية ، لاختلاف الحدين ، والأصح أنه يجلد مائة فقط ، ويدخل الأقل في الأكثر لاتحاد الجنس ، وعلى هذا لو زنا وهو حر بكر ، فجلد خمسين ، وترك لعذر ، فزنا مرة أخرى ، جلد مائة ، وتدخل الخمسون الباقية فيها .

ولو قذف شخصين محصناً وغيره بكلمة ، وقلنا باتحاد الحد ، دخل التعزير في الحد . وفي هذا نظر ، لاختلاف جنس الحد والتعزير .

ولو كانت في المسألة الأولى بكر في لعان الزوجين ، فالصحيح أن عليها حداً واحداً ، كما لو ثبت زنيان ، أحدهما : ببينة ، والآخر بإقرار أو كلاهما بالبينة . قال ابن الحداد : عليها حدان ، لأن لعان كل واحد حجة في حقه ، فصارا كجنسين .

فصل : إذا لحقه نسب بملك يمين في مستولدة ، أو أمة موطوءة ، لم ينتف عنه باللعان على الأظهر ، وقيل : لا ينتفي قطعاً لإمكان نفيه بدعوى الاستبراء ، وسيأتي في آخر الاستبراء بيانه مع بيان أن الأمة متى تصير فراشاً لسيدها ، حتى يلحقه ولدها إن شاء الله تعالى[1] .

ولو اشترى زوجته ، فانفسخ النكاح ، ثم ولدت ، فإن كان لدون ستة أشهر من يوم الشراء ، فهو لاحق به بحكم النكاح ، وله نفيه باللعان ويكون اللعان بعد الانفساخ كهو بعد البينونة بالطلاق ، وإن ولدته لستة أشهر فصاعداً من يوم الشراء ، فإن لم يطأها بعد الشراء ، أو وطئها وولدته لدون ستة أشهر من يوم الوطء ، نظر ، إن كان لأربع سنين فأقل من وقت الشراء ، فالحكم كذلك ، وإن كان لأكثر من أربع سنين ، فهو منفي عنه بغير لعان . فإن وطئها بعد الشراء وأتت به لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء ، ولدون أربع سنين من وقت الشراء ، فإن لم يدع الاستبراء بعد الوطء ، لحقه الولد بملك اليمين ، وهل له نفيه باللعان ، فيه الطريقان . وإن ادعى الاستبراء بعده ، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاستبراء ، فالحكم كذلك وتلغو دعوى الاستبراء ، وإن كان لستة أشهر فأكثر من وقت الاستبراء ، لم يلحقه الولد بحكم الملك على الأصح ، وسنعيده في آخر باب الاستبراء إن شاء الله

(١) قال في الخادم : وما أحال عليه ذكر فيه خلاف الصواب ، والمعتمد ما ها هنا كما سنبينه إن شاء الله تعالى .

تعالى ، ولا يلحقه أيضاً بملك النكاح لانقطاع فراش النكاح بفراش الملك ، وقيل : يلحقه بملك النكاح ، ولا ينتفي إلا بلعان لوجود الإمكان ، وامتناع الإلحاق بالملك ، وهذا شاذ ، وقد يعبر عن هذه الأحوال ، فيقال : إن احتمل كونه من النكاح فقط ، لحق به النكاح ، وإن احتمل بالملك فقط ، لحق به ، وكذا إن احتملها على الصحيح . وإن لم يحتمل واحد منهما ، فلا إلحاق ، ومتى وقع اللعان بعد الشراء ، فهل يؤبد التحريم ؟ وجهان كما لو وقع بعد البينونة . وإن قلنا : لا يؤبِّده ، فهي حلال له بملك اليمين ، وإن قلنا : يؤبِّده ، ففي حلها له بملك اليمين خلاف مبني على أنه لو لاعن زوجته الأمة ، ثم اشتراها ، هل له وطؤها بملك اليمين ؟ فيه طريقان أحدهما : على وجهين كالمطلقة ثلاثة إذا اشتراها . والثاني : لا تحل قطعاً لغلظ تحريمه .

الطرف الثالث ، في سبب اللعان : وهو القذف أو نفي الولد ، فمتى نسبها إلى وطء حرام من جانبها ، أو جانب الزاني ، فقد قذفها . وإن نسبها إلى زنا هي عليه مكرهة ، أو جاهلة ، أو نائمة ، فلا حد لها ، ويجب لها التعزير على الأصح لأن فيه عاراً وإيذاءً ، فإن كان ولد لاعن لنفيه ، وإلا فيلاعن أيضاً على المذهب . ولو عين الزاني فقال : زنا بك فلان وأنت مكرهة ، أو قال : قهرك فلان فزنا بك ، لزمه الحد لقذفه ، وله إسقاطه باللعان ، بخلاف ما لو قذف زوجته ، وأجنبية بكلمة ، فإنه لا يتمكن من إسقاط حد الأجنبية باللعان ، لأن فعلها ينفك عن فعل الأجنبية ، ولا ينفك عن فعل الزاني بها .

ولو قال لزوجته : وطئت بشبهة ، ففي وجوب التعزير عليه لها الوجهان فيما لو نسبها إلى الزنا مكرهة ، وإن لم يكن ولد ، فله اللعان لنفي التعزير إن أوجبناه ، وإلا فلا ، وإن كان ولد ، فطريقان .

أحدهما : في جواز اللعان وجهان . أصحهما : الجواز ، إلا أنه إذا لم يلاعن ، لحقه الولد ولم يلاعن للقذف .

والطريق الثاني : وهو المذهب ، وبه قال الأكثرون : أنه إن لم يعين الواطىء بالشبهة ، أو عين فلم يصدقه ، لحق الولد بالنكاح ، وله نفيه باللعان ، وإن صدقه

وادعى الولد ، عرض على القافة . فإن ألحقه بذلك المعين ، لحقه ولا لعان ، وإلا فيلحق الزوج ، وليس له نفيه باللعان ، لأنه كان له طريق آخر ينتفي به ، وهو أن يلحقه القافة بذلك المعين ، وإنما ينفى باللعان من لا يمكن نفيه بطريق آخر ، فإن لم يكن قائف ، ترك حتى يبلغ الصبي فينتسب إلى أحدهما ، فإن انتسب إلى ذلك المعين ، انقطع نسبه عن الزوج بلا لعان ، وإن انتسب إلى الزوج ، فله نفيه باللعان ، لأنه لا يمكن نفيه بغير اللعان ، هكذا ذكره البغوي وغيره . ولو قال : زنيت بفلان وهو غير زان ، بل ظنك زوجته ، فهو قاذف لها ، فله إسقاط الحد باللعان ، والولد المنسوب إلى ذلك الواطىء منسوب إلى وطء شبهة ، فإن صدقه فلان ، عرض على القائف كما ذكرناه ، ولو اقتصر على قوله : ليس هذا الولد مني ، فعن صاحب « التقريب » حكاية تردد في جواز اللعان ، وقطع الجمهور بأنه لا يلتفت إلى ذلك ، ويلحق الولد بالفراش ، إلا أن يسند النفي إلى سبب معين ويلاعن .

فرع : لا يشترط لجواز اللعان أن يقول عند القذف: رأيتها تزني ، بل لو قال : زنيت أو يا زانية ، أو قال وهي غائبة : فلانة زانية ، جاز اللعان ، ولا يشترط أيضاً أن يدعي استبراءها بعد الوطء . قال الأصحاب : ولو أقر بوطئها في الطهر الذي قذفها بالزنا فيه ، جاز له أن يلاعن وينفي النسب ، قال في « البسيط » . ولعل هذا في الحكم الظاهر ، فأما بينه وبين الله تعالى ، فلا يحل له النفي مع تعارض الاحتمال ، ويجوز أن يعوِّل الزوج فيه على أمر يختص بمعرفته كعزل أو قرينة حال .

فصل : إذا قذف زوجته برجل معين ، فسيأتي الكلام في أنه يلزمه حد أم حدان إن شاء الله تعالى ، فإن ذكر الرجل في لعانه ، بأن قال : أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان ، سقط حقه ، كما سقط حقها ، سواء أوجبنا حداً أم حدين ، حتى لو قذفها بجماعة وذكرهم ، سقط حق الجميع ، وإن لم يذكر الرجل في لعانه ، لم يسقط حقه على الأظهر ، فعلى هذا إن أراد إسقاطه ، فطريقه أن يعيد اللعان ويذكره ، ولو امتنع الزوج من اللعان ولا بينة ، فحد بطلبها ثم جاء الرجل يطلب الحد ، فإن قلنا : الواجب حد واحد ، فقد استوفى ، وإن قلنا : حدان استوفي منه حد آخر ، وله إسقاطه باللعان ، ولو ابتدأ رجل بطلب حقه ، فهل له أن يلاعن ؟ له وجهان وقد يبنيان على خلاف في أن حقه يثبت أصلاً ، أم تابعاً لحقها ؟

وإن عفا الرجل عن حقه ، أو عفت هي ، فللآخر منهما المطالبة ، سواء قلنا : الواجب حد أم حدان ، وله إسقاطه باللعان . وعن ابن القطان : إذا قلنا : حقه تابع ، فلا حد ولا لعان ، والصحيح الأول ، وبمثله أجاب ابن الصباغ ، فيما لو لم يذكر الرجل في لعانها ، وقلنا : لا يسقط حقه فطالب بحقه ، وامتنع الزوج عن إعادة اللعان ، فلا يجد سواء قلنا : يجب لهما حد أم حدان ، لأن الحد لا يتبعض ، ولا يجب باللعان حد الزنا على الرجل المرمي به بحال .

وإذا لاعن لإسقاط حد المرمي به ، قال البغوي : قيل : يتأبد التحريم ، ويحتمل خلافه .

فرع : قذف امرأته عند الحاكم بزيد ، أو قذف أجنبي أجنبياً والمقذوف غائب ففيه ثلاث طرق . أحدها : يستحب للحاكم أن يبعث إلى المقذوف فيخبره بالحال ، ليطالب بحقه إن شاء ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد . والطريق الثاني وبه قال الأكثرون : يجب ذلك على الحاكم . والثالث : نقل أبو الفرج السرخسي ، أن الشافعي رحمه الله نص على أنه يجب ذلك على الحاكم ، ونص أنه لو أقر عنده رجل بدين لزيد ، لا يجب عليه إعلامه . وأن للأصحاب في النصين : ثلاث طرق . أحدها : تنزيل النصين على حالين إن كان من له الحق حاضراً عالماً بالحال ، فلا حاجة إلى إخباره في النوعين ، وإن كان غائباً أو غافلاً عما جرى ، وجب إعلامه لئلا يضيع حقه . والثاني : تقرير النصين على ظاهرهما ، لأن الإمام يتعلق به استيفاء الحد بخلاف المال . والثالث : جعلهما على قولين بالنقل والتخريج ، وكيفما كان ، فالمذهب وجوب إخبار المقذوف .

وأما قوله في « مختصر المزني » : وليس للإمام إذا رمي رجل بزنى أن يبعث إليه يسأله عن ذلك ، فمتأول . قيل : المراد : لا يسأله ، هل زنيت ؟ وقيل : المراد : إذا لم يكن الرامي أو المرمي معيناً ، بأن قال رجل عند الحاكم : الناس يقولون : زنا فلان ، أو قال : زنا في هذه المحلة رجل ، أو رمي بحجر ، فقال : من رماني به فهو زان ، وهو لا يدري من رماه به ، قال ابن سلمة : المراد : إذا رماه تعريضاً لا تصريحاً ، وعن ابن سريج ، المراد : إذا قذف زوجته بمعين ولاعن ، فلا حاجة إلى إعلامه سواء ذكره في اللعان ، أم لا ، وقلنا : يسقط حده له ، أو لا

يسقط ، وقال أبو إسحاق : لا يخبره وإن لم يلاعن ، لأن الزوجة ستطالب ، ومطالبتها تكفي عن مطالبته ، بخلاف ما لو قذف أجنبياً .

فصل : إذا قذف جماعة ، فهم ضربان . أحدهما : أن يتمحضوا أجانب أو زوجات ، والثاني : أن يكونوا من الصنفين ، الأول : المتمحضون ، فإما أن يقذفهم بكلمات ، وإما بكلمة ، فهما حالان .

الأول : أن يقذف كل واحد بكلمة ، فعليه لكل واحد حد ، وإن كن زوجات ، أفرد كل واحد بلعان ، ويكون اللعان على ترتيب قذفهن ، فلو لاعن عنهن لعاناً واحداً ، لم يكف عن الجميع ، لكن ، إن سماهن ، حسب عن التي سماها أولاً ، وإن أشار إليهن فقط ، لم يعتد به عن واحدة منهن .

الحال الثاني : أن يقذفهم بكلمة ، كقوله : زنيتم ، أو أنتم زناة ، فقولان . الجديد : أن لكل واحد حداً ، والقديم : لا يجب إلا حد واحد ، فعلى هذا ، إن حضر واحد وطلب الحد ، حد له ، وسقط حق الباقين .

ولو قال : يا ابن الزانيين ، فهو قذف لأبوي المخاطب بكلمة ، ففيه القولان ، وإن قال لنسوته الأربع : زنيتن ، فالحد على القولين ، فإن أراد اللعان ، فإن قلنا : يتعدد الحد ، تعدد اللعان ، وإن قلنا : يتحد الحد ، ففي اللعان وجهان ، أصحهما : يتعدد ، لأن اللعان يمين ، والأيمان المتعلقة بحقوق جماعة لا تتداخل . والثاني : يكفي لعان يجمعهن فيه ، بالاسم أو بالإشارة إن اكتفينا بها ، وإذا قلنا بالتعدد ، فرضين بلعان واحد ، لم ينفع كما لو رضي المدعون بيمين واحدة ، ثم يلاعن عنهن على الترتيب الذي يتفقن عليه ، فإن تنازعن في الابتداء ، أقرع بينهن ، فإن قدم الحاكم واحدة ، قال الشافعي رضي الله عنه : رجوت أن لا يأثم . ونقل القاضي أبو الطيب أن ذلك فيما إذا لم يقصد تفضيل بعضهن ويجنب الميل ، وإن قلنا بالاتحاد ، فذلك إذا توافقن على الطلب ، أو لم نشترط طلبهن ، أما إذا شرطناه وانفرد بعضهن بالطلب ، فلاعن ، ثم طلب الباقيات ، احتاج إلى اللعان ، وحصل التعدد[1] وإذا لاعن عنهنّ ، لزمهن الحد ، فمن لاعنت ، سقط عنها الحد ، ومن

(١) وما ذكره من الاعادة عند طلبهن توقف فيه ابن الرفعة لأنه على قبول الاتحاد لو حد لواحدة سقط للباقيات ولا يبعد مجيء مثله هنا .

امتنعت حدت ، وإذا امتنع من اللعان ، كفاه حد واحد على قولنا بالاتحاد ، وجميع ما ذكرناه هو فيمن قذف جماعة بكلمة ولم يقيد بزناً واحد . فإن قيد ، بأن قال لزوجته أو أجنبية : زنيت بفلان ، فطريقان . أصحهما : طرد القولين في تعدد الحد واتحاده . والثاني : القطع بالاتحاد لأنه رماهما بفاحشة واحدة[1] .

الضرب الثاني : أن يكونوا من الصنفين ، بأن قذف زوجته وأجنبية ، نظر إن كان بكلمتين ، فعليه حدان ، فإن لاعن عن زوجته ، سقط حدها ، وبقي حد الأجنبية . ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية ، أو زنيت وزنت أمك ، فعليه حدان لهما ، فإن حضرتا معاً وطلبتا الحدين ، فثلاثة أوجه . أصحها وهو المنصوص : يبدأ بحد الأم ، لأن حقها أقوى ، فإنه لا يسقط باللعان . والثاني : يبدأ بالبنت لسبقها . والثالث : يقرع . ولو قال لأجنبية : يا زانية بنت الزانية ، قدمت البنت على الأصح . وقيل : يقرع . ولو قال لأم زوجته : يا زانية أم الزانية ، قدمت الأم على الأصح . وقيل : يقرع . ولو قذف زوجته وأجنبية بكلمة ، كقوله : زنيتما ، أو أنتما زانيتان ، ولم يلاعن للزوجة ، ففي تعدد الحد واتحاده طريقان . أصحهما : فيه القولان السابقان . والثاني : القطع بالتعدد لاختلافهما في الحكم ، فإن حد الزوجة يسقط باللعان دون الآخر ، فإن قلنا بالاتحاد ، فجاءت الأجنبية مطالبة ، فحد لها ، سقط الحد واللعان في الزوجة، إلا أن يكون ولد يريد نفيه . وإن لاعن للزوجة ، حد للأجنبية ، وإن عفت إحداهما ، حد للأخرى إذا طلبت بلا خلاف ، ذكره البغوي وغيره . وحكي وجه شاذ ، أن قوله : يا زانية بنت الزانية ، كقوله : أنتما زانيتان ، ومتى وجد حدان لواحد أو جماعة وأقيم أحدهما ، أمهل إلى أن يبرأ جلده ، ثم يقام الثاني .

فصل : ادعت أن زوجها قذفها ، فله في الجواب أحوال .

أحدها : أن تسكت فيقيم عليه بينة ، فله أن يلاعن[2] ويقول في لعانه : أشهد

---

(١) وما ذكره من ترجيح طريقة القولين تبع فيه البغوي لكن الأكثرون على الثانية وهو المنصوص في المختصر وبها قال أبو إسحاق ورجحها القاضي أبو الطيب والماوردي . وقال : إنه المذهب ، وبها قال الجمهور وخصوا القولين في الجماعة إذا قذفهم بكلمة واحدة بزنيتين فإن قلنا بالاتحاد فلكل منهما المطالبة به واستيفاؤه كما قلنا . ولو عفا أحدهما بقي حق الآخر .

(٢) وقد يخالفه كلامه في الدعاوى حيث قال : إن السكوت يكون حتى لو طلبت أن يحلف بعده فليس له =

بالله اني لمن الصادقين فيما أثبتت علي من رميي إياها بالزنا .

الحال الثاني : أن يقول في الجواب : لا يلزمني الحد ، فيقيم عليه بالبينة ، فله اللعان أيضاً .

الثالث : أن ينكر القذف ، فيقيم عليه بينة ، ثم يريد اللعان ، فإن أوَّل إنكاره ، وقال : أردت أن ما رميتها به ليس بقذف باطل ، بل هو صدق ، أو أنشأ في الحال قذفاً آخر ، فله اللعان ، لأن من كرر القذف كفاه لعان واحد . وإن لم يذكر تأويلاً ولا أنشأ ، فله اللعان أيضاً على الصحيح ، وبه قال الأكثرون وهو ظاهر النص لاحتمال التأويل المذكور .

الرابع : أن يقول : ما قذفتك وما زنيت ، فإذا قامت بينة ، حد ولا لعان ، لأنه شهد بعفتها ، فكيف يحقق زناها بلعانه ؟ ! وليس له إقامة البينة على زناها والحالة هذه ، لأنه يكذب الشهود بقوله : وما زنيت . ولو أنشأ والحالة هذه قذفاً ، فعن القاضي حسين إطلاق القول بجواز اللعان . قال الإمام والغزالي : هذا محمول على ما إذا مضى بعد الدعوى والجواب زمن يمكن تقدير الزنا فيه ، وإلا فيؤاخذ بإقراره ببراءتها ، ولا يمكَّن من اللعان . وإذا لاعن ، ففي سقوط حد القذف الذي قامت به البينة وجهان ، ومقتضى كلام الغزالي في « الوجيز » : القطع بسقوطه[1] .

فرع : لو امتنع الزوج من اللعان فعرض الحد ، أو استوفى منه بعض الجلدات ، ثم بدا له أن يلاعن ، مكِّن ، وإذا لاعن ، سقط عنه ما بقي من الحد كما لو بدا له أن يقيم فيه البينة ، وكذا المرأة إذا امتنعت من اللعان ثم عادت إليه ، مكنت منه ، وسقط عنها ما بقي من الحد . ولو أقيم عليه الحد بتمامه ثم أراد اللعان ، فالمذهب أنه إن كان ولد منه ، لاعن لنفيه ، وإلا فلا[2] .

= مع أن دعوى القذف قسم من أقسام الدعاوى ، وقد سبق الاشارة إلى جوابه في الكلام على أن اللعان يمين لا شهادة .

(١) ولم يصرح الرافعي بحكاية وجهين بل قال : حكى الإمام فيه خلافاً ، وفيما نسبه إلى الإمام من حكاية الخلاف نظر ، وعبارة النهاية : لا يسقط الحد إلا على مذهب سقوط حصانتها وبالجملة ما ثبت من القذف بالبينة مع ما أنشاه بمثابة ما لو قذف أجنبية ثم نكحها وقذفها في النكاح .

(٢) والرافعي أطلق المنع ثم قال : وقال القفال إلا أن يكون ولد فله أن يلاعن لنفيه وهذا ما أورده موردون

فصل : قال لزوجته : زنيت وأنت صغيرة ، فقد أطلق الغزالي والبغوي ، أن عليه التعزير ، وله إسقاطه باللعان على الصحيح ، وفصل الجمهور ، فقالوا : يؤمر ببيان الصغر ، فإن ذكر سناً لا يحتمل الوطء كثلاث سنين أو أربع ، فليس بقذف ويعزر للسب والإيذاء ، ولا لعان ، كما سبق أن مثل هذا لا لعان فيه . وإن ذكر سناً يحتمله ، كعشر سنين ، فهو قذف ، وعليه التعزير ، وله إسقاطه باللعان . ولو قال : زنيت وأنت مجنونة ، أو مشركة ، أو أمة ، فإن عرفت لها هذه الأحوال ، أو ثبتت ببينة أو إقرار ، فلا حد ، وعليه التعزير ، وله إسقاطه باللعان ، وإن عرف ولادتها على الإسلام والحرية وسلامة عقلها ، وجب الحد على الصحيح . وقيل : التعزير ، لأنها إذا لم يكن لها تلك الحالة ، كان قوله كذباً ومحالاً ، كقوله : زنيت وأنت رتقاء ، وإن لم يعلن حالها واختلفا ، فأيهما يصدق بيمينه ، قولان . أظهرهما : هي ، فإن نكلت ، حلف ، ووجب التعزير . والثاني : هو ، فإن نكل ، حلفت وحد ، ويجيء القولان فيما لو قال الزوج : أنت أمة في الحال ، فقالت : بل حرة ، ولا يجيئان فيما لو قال : أنت كافرة في الحال ، فقالت : بل مسلمة ، لأنها إذا قالت : أنا مسلمة حكم بإسلامها[1] . ولو قالت : أردت بقولك لي : زنيت وأنت صغيرة قذفي في الحال ، ووصفي بالصغر في الحال ، ولم ترد القذف بزنا في الصغر ، أو قال : زنيت وأنت مجنونة أو كافرة ، فأقرت بتلك الحال ، وقالت : أردت القذف في الحال ، فعن الشيخ أبي حامد ، أن القول قولها ، واستبعده ابن الصباغ وغيره . ولو أطلق النسبة إلى الزنا ، ثم قال : أردت في الصغر أو الجنون ، أو الكفر ، أو الرق ، لم يقبل منه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، سواء عهد لها ذلك الحال أم لا . فإن

= في معرض البيان لما أطلقه الأولون ولم يجعلوا جواز اللعان عند الولد مختلفاً فيه وأثبت الإمام الخلاف الخ والذي حكاه عن القفال تابع فيه الإمام وكلام القاضي الحسين في تعليقه يقتضي أن القفال هو المطلق للحكم وأنه لا يلاعن مطلقاً . والتفصيل إنما هو للقاضي .

(١) فيه أمران :
أحدهما : ليس هذا مخالفاً لما ذكره في كتاب الردة أن قول الكافر أنا مسلم لا يحكم بإسلامه لما بيناه هناك .
الثاني : صورة المسألة أن يقول لها ابتداء أنت في الحال كافرة فتقول : بل أنا مسلمة ثم يقذفها فإنه لا يجيء القولان بل يقطع بأنه يحد حد القذف بخلاف ما لو قال أنت في الحال أمة فقالت : بل أنا حرة ، ثم قذفها فإنه على القولين لأن جهالة الحرية إلى الآن باقية .

قال : هي تعلم أني أردت هذا ، حلفت على نفي العلم ، وحد لها . وقال السرخسي : إن عهد تلك الحال ، قبل وعُزِّر ، وإلا فقولان(١) .

الطرف الرابع : في كيفية اللعان : وفيه فصول .

الأول : في كلمات اللعان وهي خمس : أن يقول الزوج أربع مرات : أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنا ، ويسميها ويرفع في نسبها بحيث تتميز إن كانت غائبة عن المجلس . وفي تعليق الشيخ أبي حامد ، أنه يرفع في نسبها بحيث تتميز عن سائر زوجاته إن كان في نكاحه غيرها ، فقد يشعر هذا بالاستغناء بقوله : فيما رميت به زوجتي عن الاسم والنسب ، إذا لم يكن تحته غيرها . فإن كانت المرأة حاضرة عنده أشار إليها ، وهل يحتاج مع الإشارة إلى التسمية ؟ وجهان . أصحهما : لا ، كسائر العقود والفسوخ . والثاني : نعم ، لأن اللعان مبني على الاحتياط والتغليظ(٢) وقد يقال في هذا التوجيه : لا يكتفى في الحاضرة بالتسمية ، ورفع النسب حتى تضم إليهما الإشارة ، ثم يقول في الخامسة : إن علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، ويعرفها في الغيبة والحضور كما في الكلمات الأربع ، وإن كان ولد ينفيه ذكره في الكلمات الخمس ، فيقول : وإن الولد الذي ولدته ، أو هذا الولد من الزنا وليس هو مني . وإن قال : هو من زنا واقتصر عليه ، كفى على الأصح ، ولو اقتصر على قوله : ليس مني ، لم يكف على الصحيح لاحتمال إرادة عدم الشبه ، ولو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات ، احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه ، ولا تحتاج المرأة إلى إعادة لعانها على لعانها على المذهب . وحكى السرخسي تخريج قول فيه .

---

(١) ما قاله السرخسي هو المتجه كما قال بعضهم لأن القذف إخبار عن زنا سابق مسكوت عن زمنه ولا دلالة بلفظ على زمن بخصوصه ولا ظاهر يقتضي زمناً معيناً ، فإذا أراده بزمن معهود فقد ادعى أمراً محتملاً وأزال ما قد يسبق إلى الفهم من نسبتها إلى الزنا في حال الثمال وما يلحقها به من المعرة والحدود تُدرأ بالشبهات فينبغي تصديقه في ذلك وليس كقوله أنت طالق .

(٢) ما صححه خلاف ما عليه الجمهور ، وما يقتضيه نص الشافعي في الأم والمختصر فإنه قال : اللعان أن يقول الإمام للزوج قل أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة ابنة فلان من الزنا ويشير إليها إن كانت حاضرة .

قال ابن الرفعة : وهو ظاهر في عدم الاكتفاء بالتسمية . قلت : وهو قضية كلام الجمهور تصريحاً وتلويحاً كما يشير إليه ، وأطلق جماعة الخلاف بلا ترجيح فمنهم المحاملي وصاحب البيان .

وصفة لعان المرأة أن تقول أربع مرات : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : علي غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماني به ، والقول في تعريفه غائباً وحاضراً ، كما ذكرنا في جانبها ، ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد ، لأن لعانها لا يؤثر فيه . ولو تعرضت له ، لم يضر ، وفي « جمع الجوامع » للقاضي الروياني أن القفال حكى وجهاً ضعيفاً أنها تذكره ، فتقول : هذا الولد ولده ليستوي اللعانان .

فرع : لا يثبت شيء من أحكام اللعان إلا إذا تمت الكلمات الخمس ، ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان ، لم ينفذ حكمه ، لأن حكمه غير جائز بالإجماع ، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة[١] .

فرع : لو قال بدل كلمة الشهادة : أحلف بالله ، أو أقسم ، أو أؤلي بالله إني لمن الصادقين ، أو قال : بالله إني لمن الصادقين من غير زيادة ، أو أبدل لفظ اللعن بالإبعاد ، أو لفظ الغضب بالسخط ، أو الغضب باللعن أو عكسه ، لم يصح على الأصح في جميع ذلك . وقيل : لا يصح قطعاً في إبدال الغضب باللعن ، ولا في الاقتصار على : بالله إني لمن الصادقين . ويشترط تأخير لفظتي اللعن والغضب عن الكلمات الأربع على الأصح ، ويشترط الموالاة بين الكلمات الخمس على الأصح ، فيؤثر الفصل الطويل .

فرع : يشترط في لعان الرجل والمرأة أن يأمر الحاكم به ، فيقول للملاعن : قل : أشهد بالله اني لمن الصادقين . . . إلى آخرها[٢] .

فرع : يشترط كون لعانها بعد لعان الرجل .

فرع : إن لم يكن للأخرس إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، لم يصح قذفه ولا لعانه ، ولا سائر تصرفاته . وإن كان له إشارة مفهومة ، أو كتابة ، صح قذفه ولعانه ،

---

(١) لما ذكر الشيخ في الأقضية الوجهين في نقض قضاء القاضي بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين ، قال : ويقرب من هذا الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر كلماته .

(٢) وهو يقتضي أن الأمر غير التلقين وليس كذلك بل الأمر هو التلقين ولقد أحسن المصنف حيث اقتصر على الأمر فلم يذكر التلقين .

كالبيع والنكاح والطلاق وغيرها ، ثم المفهوم من كلام الأكثرين ، وفي « الشامل » وغيره ، التصريح به أنه يصح لعانه بالإشارة وحدها ، وبالكناية وحدها ، وذكر المتولي ، أنه إذا لاعن بالإشارة ، أشار بكلمة الشهادة أربع مرات ، ثم بكلمة اللعن ، وإن لاعن بالكتابة ، كتب كلمة الشهادة وكلمة اللعن ، ويشير إلى كلمة الشهادة أربع مرات ، ولا يكلَّف أن يكتب أربع مرات ، وهذا الطريق الآخر جمع بين الإشارة والكتابة ، وهو جائز ، ولكن مقتضى التصحيح بالكتابة المجردة تكرير كتابة كلمة الشهادة[1] . وأما قول الغزالي في « الوجيز » : عليه أن يكتب مع الإشارة أو يورد اللفظ عليه ناطق فيشير بالإجابة ، فلم يقله أحد من الأصحاب ، وإنما قال الإمام : لو قال به قائل ، لكان قريباً ، وحكاه في « البسيط » عن بعض الأصحاب ، ولا يعرف عن غيره[2] . ولو لاعن الأخرس بالإشارة ، ثم عاد نطقه وقال : لم أرد اللعان بإشارتي ، قبل قوله فيما عليه ، فيلحقه النسب والحد ، ولا يقبل فيما له ، فلا ترتفع الفرقة والتحريم المؤبد ، وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحد ، وله اللعان لنفي الولد إن لم يفت زمن النفي . ولو قال : لم أرد القذف أصلاً ، لم يقبل قوله ، ولو قذف ناطق ، ثم عجز عن الكلام لمرض أو غيره ، فإن لم يرج زوال ما به ، فهو كالأخرس ، وإن رجي ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا ينتظر ، بل يلاعن بالإشارة لحصول العجز ، وربما مات فلحقه نسب باطل . والثاني : ينتظر وإن طالت مدته . وأصحهما : ينتظر ثلاثة أيام فقط . ونقل الإمام أن الأئمة صححوه . وعلى هذا ، فالوجه أن يقال : إن كان يرجى زواله إلى ثلاثة أيام ينتظر ، وإلا فلا ينتظر أصلاً[3] .

---

(١) ما نقله عن المتولي يقتضي أنه لا يكتفي بتكرير الكتابة وليس كذلك بل الذي يفهمه كلامه أنه لو تكلف ذلك وكتب كفى . نعم ذكر المتولي في الطلاق أن الاشارة به إنما تعتبر في حق من عجز عن الكتابة فإن قدر فالكتابة هي المعتبرة لأنها أضبط . قال : وينبغي أن يكتب مع ذلك إني قصدت الطلاق .

(٢) قال في الخادم : دعواهما يعني الشيخين أنه لم يصر أحد إلى الجمع بين الكناية والاشارة عجيب ، فإن الرافعي حكى قبل ذلك بسطر عن المتولي أنه لاعن بالكتابة كتب وأشار .
قال الرافعي : وفي هذه الطريقة جمع بين الاشارة والكتابة وهو جائز ، انتهى . وينبغي أن يقول بل متعين ، فإن الكتابة المجردة من غير إشارة إليها يبعد الاقتصار عليها . انتهى .

(٣) اعترض في المهمات في الحد وقال المنصوص عدم الوجوب ، وتعجب منه في الخادم بأن النص في الثانية لا الأولى ، ولفظ الشافعي وإن استطلق لسانه فقال قذفت ، ولم ألتعن حدّ إلا أن يلتعن ، ثم قال وإن قال لم أقذف ولم ألتعن لم يحد ، ولا ترد عليه امرأته بقوله لم ألتعن ، وقد ألزمناه الفرقة ويسعه =

فرع : من لا يُحسِن العربية ، يلاعن بلسانه ، ويراعي ترجمة الشهادة واللعن والغضب ، فإن أحسن العربية ، فهل يتعين اللعان بها ، أم له أن يلاعن بأي لسان شاء ؟ فيه وجهان . أصحهما : الثاني . وإذا لاعن بغير العربية ، فإن كان القاضي يحسن تلك اللغة ، فلا حاجة إلى مترجم ، ويستحب أن يحضره أربعة ممن يحسنها ، وإن لم يحسنها ، فلا بد من مترجمين ، ويكفيان في جانب المرأة ، فإنها تلاعن لنفي الزنا لا لإثباته . وفي جانب الرجل طريقان . أصحهما : القطع بالاكتفاء باثنين ، وبه قال أبو إسحاق وابن سلمة . والثاني : على قولين بناءً على الإقرار بالزنا يثبت بشاهدين ، أم يشترط أربعة ؟ والأظهر ثبوته بشاهدين .

الفصل الثاني : في التغليظات .

فمنها : التغليظ بالزمان ، بأن يكون بعد صلاة العصر ، فإن لم يكن طلب أكيد ، فليؤخر إلى عصر يوم الجمعة ، ذكره القفال وغيره[١] .

ومنها : التغليظ بالمكان ، بأن يلاعن في أشرف مواضع البلد ، فإن كان بمكة فبين الركن الأسود والمقام . وقد يقال : بين البيت والمقام ، وهما متقاربان ، وقال القفال : في الحجر .

وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ ، وفي بيت المقدس عند الصخرة[٢] ، وفي سائر البلاد في الجامع عند المنبر . وقيل : لا يعتبر كونه عند المنبر ، ويلاعن بين أهل الذمة في الموضع الذي يعظمونه ، وهو الكنيسة لليهود ، والبيعة للنصارى ،

= فيما بينه وبين الله تعالى أن يمسكها ، وكذلك إن أطلق فألزمناه الطلاق ، ثم أفاق فقال ما طلقت ، لم يردها إليه ووسعه فيما بينه وبين الله تعالى المقام به عليها . انتهى .
فالنص في الثانية وهي لم أقذف ولم ألتعن .

(١) التقييد بعصر يوم الجمعة الظاهر أنه من تصرف القفال وبعض من تبعه كالقاضي والإمام ، وقالها أبو خلف الطبري في شرح المفتاح ، وعبارة الشافعي والجمهور منهم الفوراني في العمدة بعد العصر بلا زيادة .

(٢) كذا عبر به الجمهور وقال في البحر إنه المشهور ، وحكى تبعاً للماوردي وجهاً آخر نسباه إلى الشيخ أبو حامد أنه يلاعن على المنبر أو عنده لأنه أخص بالشهرة وكذا عبر به الشافعي في كتبه وجرى عليه ابن أبي هريرة وغيره . وقال ابن عبد البر في التمهيد ، قال الشافعي : وإن كان في بيت المقدس أحلفناه في موضع الحرم في مسجدها وأقرب المواضع من أن يعظمها قياساً على الركن والمقام .انتهى .

وهل يأتي الحاكم بيت النار في لعان المجوس ؟ وجهان . أصحهما : نعم . وقال القفال : لا ، بل يلاعن بينهما في المسجد ، أو مجلس الحكم ، ولا يأتي بيت الأصنام في لعان الوثنيين ، لأنه لا أصل له في الحرمة ، واعتقادهم غير معتبر ، بخلاف المجوس ، بل يلاعن بينهم في مجلس الحكم .

وصورته أن يدخلوا دارنا بأمان أو هدنة ، وإذا كان الزوج مسلماً وهي ذمية ، لاعنَ هو في المسجد ، وهي في الموضع الذي تعظمه . فإن قالت : ألاعن في المسجد ، ورضي به الزوج ، جاز ، وكذا يجوز أن يتلاعن الذميان في المسجد إلا المسجد الحرام[١] .

ومنها التغليظ بحضور جماعة من أعيان البلد وصلحائه ، فإن ذلك أعظم ، وأقلهم أربعة . ومنها التغليظ باللفظ . وسيأتي بيانه في « الدعوى والبينات » إن شاء الله تعالى . ثم في وجوب التغليظ في هذه الأمور واستحبابه ، طرق ، والمذهب الاستحباب في الجميع .

فرع : من لا ينتحل ديناً ، كالدهري ، والزنديق ، هل يغلظ عليه بهذه الأمور ؟ وجهان . أصحهما : لا[٢] ، وبه قال الأكثرون ، وهو المنصوص ، ويلاعن في مجلس الحكم ، لأنه لا يعظم بقعة ولا زماناً ، فلا ينزجر . ويستحسن أن يقال له في التحليف : قل بالله الذي خلقك ورزقك ، لأنه وإن غلا في كفره ، فيجد نفسه مذعنة لخالق ومدبِّر .

فرع : الحائض تلاعِن بباب المسجد ، ويخرج الحاكم إليها أو يبعث نائباً . والمشرك والمشركة يمكنان من اللعان في المسجد مع الحيض والجنابة على

---

(١) وقضيته أنه لا يجوز في المسجد بغير رضى الزوج ، وبه صرح الروياني في التجربة فنقل عن النص الجواز في المسجد ثم قال : وهذا إذا رضي به الزوج ، فإن لم يرض به حملت إلى المكان المعظم عندها .

(٢) قيل ما فسر به الزنديق هنا مخالف لما ذكره في باب الجماعة وباب الردة وغيرهما أنه الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر ، قال في الخادم : وهذا مردود بل لا يخالف ، فإن الذي لا ينتحل ديناً يخفي حالة غالبا فيصح أن يقال يظهر الإسلام ويخفي الكفر بغير باعتبار ما يغلب منه ، ويصح أن يقال ينتحل ديناً باعتبار عقيدته والدهري بفتح الدال ، قال أهل اللغة هو المعطل ، قالوا : وإذا أريد السن ، كان مضموم الدال .

الأصح[١] .

فرع : اللعان يحتاج فيه إلى حضور الحاكم ، فلو حكَّم الزوجان فيه رجلاً ، فإن قلنا : لا يجوز التحكيم في المال ، لم يجز في اللعان ، وإلا فوجهان . وقطع المتولي بأنه لا يصح التحكيم إذا كان هناك ولد ، إلا أن يكون بالغاً ويرضى بحكمه[٢] .

قال : ولو قذف العبد زوجته ، وطلبت الحد ، ففي تولي السيد اللعان خلاف بناءً على إقامته الحد على عبده وسماع البينة إن جوزناها تولي اللعان[٣] ، وزوج الأمة إذا قذفها ولاعن ، هل يتولى سيدها لعانها ؟ فيه هذا الخلاف .

---

(١) اعترض في المهمات بأنه إنما حكى الوجه في الجنب وجزم في الحائض ، قال في الخادم : هذا عجيب ، فإن الرافعي لم يجزم بالمنع إلا عند خوف التلويث ، فأما إذا أمن حكى فيها وجهين كالجنب وهو مراده هنا فيكون فيها الوجهان ، وبه صرح الإمام هنا فيكون فيها الوجهان ، وبه صرح الإمام هنا فقال : وإن كانت الكافرة حائضاً وأمنت من التلويث ، ففي تمكينها من دخوله وجهان ، ثم قال ـ أعني صاحب الخادم ويستثنى المسجد الحرام ، فإن الكافر لا يمكن من دخول الحرم بحال مساجده وغيرها ، وقد ذكرها الرافعي في شروط الصلاة وذكر هنا أنه يجوز أن يلاعن الدميان في المسجد إلا المسجد الحرام ، وذكره المسجد الحرام لا يقتضي تخصيصه ، بل مساجد جميع حرم مكة كذلك كما ذكره في شرائط الصلاة .

(٢) الأصح في الاقضية الجواز ، وما ذكره المتولي هو تنقيح موضع الخلاف كما بينه في المطلب .

(٣) قال الشيخ البلقيني : هذا غلط مخالف لنصوص الشافعي أنه لا يكون اللعان إلا بحضرة السلطان أو من يقيمه السلطان ، وهذا لا خلاف فيه بين الأصحاب أن هذا قضية منصب الإمامة ، وليس للسيد في ذلك تعلق لأن قضية تولي اللعان إثبات الفرقة بلعان الزوج وليس للسيد دخول في ذلك وإنما التبس ذلك على المتولي من صورة أخرى وهي ما إذا كان الزوجان ملكاً لواحد ، فإن المجزوم به في الحاوي وغيره أن السيد يلاعن تفريعاً على أنه يقيم الحد ، وهذا عندنا مردود أيضاً ، فإن السيد وإن كان يقيم الحد على رقيقه إلا أنه لا مدخل له في الفرقة التي تنشأ عن لعان الحاكم فلم يكن له دخول في ذلك وإن دخل في إقامة الحد ، وأيضاً فلا خلاف في المذهب أن السيد يقيم حد الزنا على أمته وفي العبد يخرج لابن القاص من عدم إجباره على النكاح وهو خلاف ما عليه الأصحاب وإن كان المراد الخلاف في سماعه البينة فلم ينحصر الحال في البينة ، بل قد يكون بالاقرار . انتهى ، وهو تحقيق عظيم لكن في التغليظ نظر ، فقد ذكر البغوي في التهذيب في باب القذف وجهين في أنه هل للسيد أن يلاعن بين أمته وعبده والذي جزم به العراقيون هنا الجواز وهو قضية المتولي ، وقال في البحر إن كان السيد عامياً لا يعرف الأحكام ، لم يجز ، وإلا فمن أصحابنا من جوزه لأنه يجوز له إقامة الحد عليه كالحاكم ، وقيل فيه وجهان ، نقله في الخادم .

الفصل الثالث : في السنن . منها : أن يخوفهما القاضي بالله تعالى ، ويعظهما ويقول : عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، ويقرأ عليهما : ﴿ **إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً** . . . ﴾ الآية . ويقول : قال رسول الله ﷺ للمتلاعنَين : « حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، فهل منكما من تائب ؟ » .

وإذا فرغ من الكلمات الأربع ، بالغ في تخويفه وتحذيره ، وأمر رجلاً أن يضع يده على فيه لعله ينزجر ، وتضع امرأة يدها على فم المرأة إذا بلغت كلمة الغضب ، فإن أبيا إلا المضي ، لقنهما الخامسة .

ومنها : أن يتلاعنا من قيام ، ومنها : إذا كان بالمدينة ، فقد ذكرنا أنه يلاعن عند منبر رسول الله ﷺ ، هذا لفظ الشافعي في « المختصر » وقال في موضع : يلاعن على المنبر ، وللأصحاب في صعود الملاعن المنبر أوجه . أصحها : يصعد ، والثاني : لا ، والثالث : إن كثر القوم ، صعده ليروه ، وإلا فعنده . وطرد المتولي الخلاف في صعود المنبر في غير المدينة .

الطرف الخامس : في أحكام اللعان . قد سبق أكثرها في ضمن ما تقدم . واعلم أن الزوج لا يجبر على اللعان بعد القذف ، بل له الامتناع ، وعليه حد القذف كالأجنبي ، وكذا المرأة لا تجبر على اللعان بعد لعانه ، ويتعلق بلعان الزوج خمسة أحكام . أحدها : حصول الفرقة ظاهراً وباطناً ، سواء صدّقت أم صدق . وقيل : إن صدقت لم تحصل باطناً ، والصحيح الأول[1] ، وهي فرقة فسخ[2] . الثاني : تأبد التحريم . الثالث : سقوط حد القذف عنه . الرابع : وجوب الزنا عليها . الخامس : انتفاء النسب إذا نفاه باللعان .

قلت : وقد سبقت أحكام أخر في أول الباب . والله أعلم .

ثم هذه الأحكام تتعلق بمجرد لعان الزوج ، ولا يتوقف شيء منها على لعانها ، ولا قضاء القاضي ، ولا يتعلق من هذه الأحكام بإقامة البينة على زناها إلا دفع حد

---

(١) وعبارة الرافعي : وحكى أبو الفرج وجهاً أنه لا يحصل باطناً إذا كانت هي صادقة . انتهى .

(٢) حكى الرافعي عن أبي حنيفة أنها طلاق ثم قال : وقال المتولي : وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا علق طلاق امرأة أخرى بوقوع الطلاق على هذه فلاعن عن هذه . انتهى . وزعم ابن الرفعة أن كلام الشافعي في النفقات يشير إلى أنها فرقة طلاق وأن كلام ابن الصباغ اقتضى خلافاً في ذلك .

القذف عنه ، وثبوت حد الزنا عليها ، ولا يتعلق بلعان المرأة إلا سقوط حد الزنا عنها . ولو أقام بينة بزناها ، لم تلاعن لدفع الحد ، لأن اللعان حجة ضعيفة ، فلا تقاوم البينة .

فصل في نفي الولد : فيه مسائل .

إحداها : إنما تحتاج إلى نفي الولد إذا لحقه ، وذلك عند الإمكان ، فإن لم يمكن كونه منه ، انتفى بلا لعان ، ولعدم الإمكان صور . منها : أن تلد لستة أشهر أو أقل من وقت العقد . ومنها : أن تطول المسافة كالمشرقي مع المغربية ، وقد سبق بيانه مع صور أخرى ، ووراءها صورتان .

إحداهما : أول زمان إمكان إحبال الصبي ، هل هو نصف السنة التاسعة ، أم كمالها ، أم نصف العاشرة ، أم كمالها ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الثاني[1] . فإذا ولدت زوجته لستة أشهر وساعة تسع الوطء بعد زمن الإمكان ، لحقه الولد ، وإلا فينتفي بلا لعان ، وإذا حكمنا بثبوت النسب بالإمكان ، لم نحكم بالبلوغ بذلك ، لأن النسب ثبت بالاحتمال ، بخلاف البلوغ ، لكن لو قال : أنا بالغ بالاحتلام ، فله اللعان . ولو قال : أنا صبي ، لم يصح . فإن قال بعد ذلك : أنا بالغ ، قبل قوله ، ويمكَّن من اللعان . وفي وجه : لا يقبل قوله : أنا بالغ بعد قوله : أنا صبي ، للتهمة .

الصورة الثانية : من لم يسلم ذَكره وأنثياه ، له أحوال . أحدها : أن يكون ممسوحاً فاقد الذكر والأنثيين ، فينتفي عنه الولد بلا لعان ، لأنه لا ينزل ، وفي قول : يلحقه . وحكي هذا عن الاصطخري ، والقاضي حسين ، والصيدلاني . والصحيح المشهور الأول . الثاني : أن يكون باقي الأنثيين دون الذَّكر ، فيلحقه قطعاً . الثالث : عكسه ، فيلحقه أيضاً على الأصح . وقيل : لا ، وقيل : إن قال أهل الخبرة : لا يولد له ، لم يلحقه ، وإلا فيلحقه . ومتى بقي قدر الحشفة من الذكر ، فهو كالذكر السليم .

المسألة الثانية : ذكرنا فيما لو أبان زوجته ثم قذفها وهناك حمل وأراد اللعان

(١) وهذا التصحيح لم يصرح به الرافعي بل حكى ترجيحه عن الشيخ أبي حامد وأصحابه والبغوي والروياني ، وحكى الرابع عن ظاهر النص في المختصر . نعم صححه في الشرح الصغير .

لنفيه ، أنه يجوز على الأظهر ، وأنه قيل : لا يجوز قطعاً . فلو لاعن لنفي الحمل في صلب النكاح ، جاز على المذهب . وقيل : على القولين ، ولو استلحق الحمل ، لحقه ولم يكن له نفيه بعد ذلك .

الثالثة : ولدت زوجته توأمين ، فنفى أحدهما ، أو نفاهما ، ثم استلحق أحدهما ، لحقه الولدان .

ولو أتت بولد ، فنفاه بعد الولادة باللعان ، ثم ولدت آخر ، فقد يكون بينهما دون ستة أشهر ، وقد يكون ستة فأكثر . فإن كان دونها ، فهما حمل واحد ، فإن نفى الثاني بلعان آخر ، انتفى أيضاً ، والأصح أنه لا يحتاج في اللعان الثاني إلى ذكر الولد الأول ، وأن المرأة لا تحتاج إلى إعادة لعانها ، وإن لم تنف الثاني ، بل استلحقه أو سكت عن نفيه مع إمكانه ، لحقاه جميعاً . فإن استلحقه ، لزمه لها حد القذف ، كما لو كذب نفسه . وإن سكت فلحقه ، لم يلزمه الحد ، لأنه لم يناقض قوله الأول ، واللحوق حكم الشرع . ولو قذفها ثم لاعن في البينونة ، وأتت بولد آخر قبل ستة أشهر ، فسواء استلحق الثاني صريحاً أو سكت عن نفيه فلحقاه ، لزمه الحد . والفرق أن اللعان بعد البينونة لا يكون إلا لنفي النسب . فإذا لحق النسب ، لم يبق للعان حكم فحد .

وفي صلب النكاح له أحكام . فإذا لحق النسب ، لا يرتفع فلم يحد . فأما إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً ، فالثاني حمل آخر . فإن نفاه باللعان ، انتفى أيضاً . وإن استلحقه ، أو سكت عن نفيه ، لحقه ، ولا يمنع من ذلك كونها بانت باللعان ، لاحتمال أنه وطئها بعد وضع الأول فعلقت قبل اللعان ، فتكون حاملاً حال البينونة ، فتصير كالمطلقة ثلاثاً . إذا ولدت لدون أربع سنين من وقت الطلاق ، ثبت نسبه للمطلق ، لاحتمال كونها حاملاً وقت الطلاق ، ولا يلزم من لحوق الثاني لحوق الأول ، لأنهما حملان ، فلا يلحقه الأول ، وهذا الذي ذكرناه من لحوق الثاني إذا لم ينفه ، هو الصواب ، وبه قطع الأصحاب . وقال في « المهذب » : ينتفي الثاني بلا لعان لحدوثه بعد الفراش ، وهذا ليس وجهاً ، بل الظاهر أنه سهو وتوجيهه ممنوع . وجميع ما ذكرناه إذا لاعن عن الولد المنفصل ثم أتت بآخر ، فلو لاعن عن حمل في نكاح أو بعد البينونة إذا جوزناه ، فولدت ولداً ، ثم ولدت آخر . فإن لم يكن بينهما

ستة أشهر ، فالثاني منفي أيضاً ، لأنه لاعن عن الحمل ، والحمل اسم لجميع ما في البطن . وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً ، فالأول منفي باللعان ، وينتفي الثاني بلا لعان ، لأن النكاح ارتفع باللعان ، وانقضت العدة بوضع الأول ، وتحققنا براءة الرحم قطعاً . قال الشيخ أبو حامد : وكذا الحكم لو طلقها أو مات عنها فانقضت عدتها بوضع الحمل ، ثم ولدت لستة أشهر من وقت الوضع ، لا يلحقه الولد الثاني .

قال ابن الصباغ : ولا ينظر إلى احتمال حدوثه من وطئه بشبهة ، لأن ذلك لا يكفي للحوق ، لأنه بعد البينونة كسائر الأجانب ، فلا بد من اعترافه بوطء الشبهة وادعائه الولد . وعن القفال ، أنه إذا لم يلاعن لنفي الولد الثاني يلحقه كما قلنا في الولد المنفصل . قال الروياني : هذا غلط لم يذكره غيره .

المسألة الرابعة : كما يجوز نفي الولد في حياته يجوز بعد موته ، سواء خلف الولد ولداً ، بأن كان الزوج غائباً فكبر المولود وتزوج وولد له أو لم يخلفه . ولو مات أحد التوأمين قبل اللعان ، فله أن يلاعن وينفي الحي والميت جميعاً .

ولو نفى ولداً باللعان ، ثم مات الولد فاستلحقه بعد موته ، لحقه وورث ماله وديته إن قتل ، سواء خلق ولداً أم لا احتياطاً للنسب .

ولو نفاه بعد الموت ثم استلحقه ، لحقه على الأصح احتياطاً للنسب ، وثبت الإرث ، فإن قسمت تركته ، نقضت القسمة .

الخامسة : إذا أتت زوجته بولد ، فأقر بنسبه ، لم يكن له نفيه بعد ذلك ، وإن لم يقر بنسبه وأراد نفيه ، فهل يكون نفيه على الفور ، أم يتمادى ثلاثة أيام ، أم أبداً ، ولا يسقط إلا بالإسقاط ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول وهو الجديد ، وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه : له نفيه بعد يوم أو يومين فعن ابن سلمة ، أن التقدير بيومين قول آخر ، ولم يجعله سائر الأصحاب قولاً آخر ، بل قالوا : المراد : أو ثلاثاً ، فإن قلنا بالفور فأخر بلا عذر ، لحقه وسقط حقه من النفي ، وإن كان معذوراً بأن لم يجد القاضي لغيبة ، أو تعذر الوصول إليه ، أو بلغه الخبر في الليل فأخر حتى يصبح ، أو حضرته الصلاة فقدّمها[1] ، أو كان جائعاً ، أو عارياً فأكل أو

---

(١) أي لا يكون ذلك مسقطاً لنفي الولد .

=

لبس أولاً ، أو كان محبوساً ، أو مريضاً ، أو ممرضاً ، لم يبطل حقه ، لكن إن أمكنه الإشهاد فلم يشهد أنه على النفي ، بطل حقه ، وذكر ابن الصباغ وغيره ، أن المريض إذا قدر أن يبعث إلى الحاكم ليرسل إليه نائباً يلاعن عنده فلم يفعل ، بطل حقه ، وإن لم يقدر ، فيشهد حينئذ ، وليطرد هذا في المحبوس ومن يطول عذره[1] . قال الشيخ أبو حامد وجماعة : المريض والممرض ومن يلازمه غريمه لخوف ضياع ماله ، يبعث إلى الحاكم ويعلمه أنه على النفي ، فإن لم يقدر ، أشهد ، ويمكن أن يجمع بينهما فيقال : يبعث إلى القاضي ، ويطلعه على ما هو عليه ليبعث إليه نائباً ، أو ليكون عالماً بالحال إن أخر بعث النائب ، وأما الغائب ، فإن كان في موضعه قاض ، ونفى الولد عنده ، فكذلك ، وإن أراد تأخيره حتى يرجع ، ففي « أمالي السرخسي » المنع منه . وفي « التهذيب » و« التتمة » جوازه . فعلى هذا ، إن لم يمكنه السير في الحال لخوف الطريق أو غيره فليشهد . وإن أمكنه ، فليسر وليشهد ، فإن أخر السير ، بطل حقه أشهد أم لا ، وإن أخذ في السير ولم يشهد ، بطل حقه أيضاً على الأصح[2] . وإن لم يكن هناك قاض ، فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه .

فرع : إذا قلنا : النفي على الفور ، فله تأخير نفي الحمل إلى الوضع لاحتمال كونه ريحاً ، فإن أخر ووضعت وقال : أخرت لأتحقق الحمل ، فله النفي ، وإن قال : علمته ولداً ولكن رجوت أن يموت ، فأكفى اللعان ، بطل حقه على الأصح المنصوص في « المختصر » لتفريطه مع علمه .

فرع : أخر النفي وقال : لم أعلم الولادة ، فإن كان غائباً ، صدق بيمينه . قال في « الشامل » : إلا أن يستفيض وينتشر ، وإن كان حاضراً ، صدق في المدة

= قال في القوت : ويصلي إذا حضرته الصلاة ، هكذا قاله الأصحاب وقضيته أنه لا فرق بين أن يضيق وقتها أو لا ، وعبارة المتولي إن كان قد ضاق وقت الصلاة فله أن يؤخر حتى يصلي ، وقضيته أنه إذا لم يضـق فلا يكون عذراً ، قال الزركشي : وقيد في الذخائر الصلاة بالفريضة .

(١) صرح به صاحب البيان فسوى بين المريض والمحبوس في ذلك وكذا قال الجرجاني في الشافي وألحق بهما الملازم لغريمه الذي يخاف هـربه إن فارقه وما أشبهه .

(٢) هذا الترجيح تابع فيه البغوي والقاضي الحسين والذي يقتضيه كلام العراقيين أنه لا يبطل حقه بترك الاشهاد وصرح به ابن أبي هريرة في تعليقه والجرجاني في الشافي وغيرهما .

التي يحتمل جهله به ، ولا يقبل في التي يحتمل ، ويختلف ذلك بكونهما في محلة أو محلتين ، أو دار أو دارين ، أو بيت أو بيتين .

ولو قال : أخبرت بالولادة ولم أصدق المخبر ، نظر ، إن أخبره صبي أو فاسق ، صدق بيمينه ، وإن أخبره عدلان ، فلا . وكذا إن أخبره عدل أو امرأة أو رقيق على الأصح ، لأن روايته مقبولة[1] ، ولو قال : علمت الولادة ، ولم أعلم أن لي النفي ، فإن كان فقيهاً ، لم يقبل قوله ، وإن كان حديث عهد بالإسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة ، قبل ، وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام ، فوجهان كنظيره في خيار المعتقة[2] .

فرع : إذا هنىء بالولد ، فقيل له : متعك الله بولدك ، أو جعله له ولداً صالحاً ونحوه ، فأجاب بما يتضمن الإقرار والاستلحاق ، كقوله : آمين ، أو نعم ، أو استجاب الله منك ، فليس له النفي بعده ، وإن أجاب بما لا يتضمن الإقرار ، كقوله : جزاك الله خيراً ، أو بارك الله عليك ، أو أسمعك خيراً أو زودك مثله ، لم يبطل حقه من النفي .

فصل في مسائل منثورة من اللعان : **إحداها** : قال الزوج : قذفتك بعد النكاح ، فلي اللعان ، فقالت : قبله ، فلا لعان ، فهو المصدق بيمينه ، ولو اختلفا بعد حصول الفرقة ، فقال : قذفتك في زمن النكاح ، وقالت : بعده ، فهو المصدق أيضاً ، ولو قال : قذفتك وأنت زوجتي ، فقالت : ما تزوجتك قط فهي المصدقة بيمينها .

الثانية : قال لزوجته أو أجنبية : قذفتك وأنت أمة أو مشركة أو مجنونة فقالت : بل وأنا حرة مسلمة عاقلة . فإن علم لها حال رق أو كفر أو جنون ، صدق بيمينه ،

---

(١) وهذه طريقة المراوزة كالقاضي الحسين والبغوي والمتولي والإمام وغيرهم وقال العراقيون : إن كان الخبر من طريق الآحاد كالواحد والاثنين قبل قوله وإن كان المخبر عدلاً لأنه قد يترتب بالعدل ويستوثق بالفاسق وإن كان الخبر متواتراً مستفيضاً لم يقبل قوله في تكذيب المخبر لوقوع العلم به . قاله الماوردي وهذا لفظه والمحاملي في المجموع والجرجاني في الشافي والشامل ونحوه ونقله في البيان عن الشيخ أبي حامد .

(٢) وذكر في الكفاية أنهما مبنيان على القولين فيه . قال : وأصحهما نعم . وقد صرح بتصحيحه أيضاً النووي في تصحيح التنبيه .

وليس عليه إلا التعزير . وإن لم يعلم ذلك ، فأيهما يصدق ؟ قولان . أظهرهما : المرأة . ولو قال : وأنت صغيرة ، فهو المصدق بيمينه .

ولو قال لمن قذفه من زوجته أو أجنبي : قذفتك وأنا مجنون ، فهل يصدق القاذف بيمينه ، أم المقذوف ، أم يفرق ؟ فإن عهد له جنون ، صدق القاذف ، وإلا ، فالمقذوف فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الفرق . ولو قال : قذفتك وأنا صبي ، فهو كالمجنون المعهود ، ولو قال : جرى القذف على لساني وأنا نائم ، لم يقبل لبعده . ولو أقام القاذف بينة أن القذف كان في الصغر أو الجنون ، وأقام المقذوف بينة أنه كان في حال الكمال ، فإن كانت البينتان مطلقتين ، أو مختلفي التاريخ ، أو إحداهما مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، فهما قذفان ، وعليه الحد لما وقع في حالة الكمال . وإن اتحد تاريخهما ، تعارضتا . وفي التعارض أقوال معروفة . قال الإمام : ولا يجيء هنا القسمة ولا الوقف ، وحكي عن القاضي حسين قول القرعة ، واستبعده وقال : الوجه القطع بالتهاتر ، فيكون كما لو لم تكن بينة ، وبهذا قطع البغوي . وحيث صدقنا القاذف بيمينه ، فلو نكل وحلف المقذوف ، وجب الحد على القاذف ، ويجوز اللعان في الزوجة .

الثالثة : إذا صدقته في القذف ، واعترفت بالزنا بعد لعان الزوج ، تأكد لعانه ، فإن كانت لاعنت ، فعليها حد الزنا لاعترافها ، إلا أن يرجع عن الإقرار ، وإن صدقته قبل لعانه ، أو في أثنائه ، سقط عنه الحد ، ووجب عليها حد الزنا ، والصحيح أنه لا يلاعن بعد ذلك ، ولا يتم اللعان إن صدقته في أثنائه إلا أن يكون ولد فينفيه .

الرابعة : إذا مات أحد الزوجين قبل أن يتم لعان الزوج ، ورثه الآخر ، ثم إن كان الميت الزوج ، استقر نسب الولد ، وليس للوارث نفيه ، وإن ماتت هي ، جاز له إتمام اللعان إن كان هناك ولد ، فإن لم يكن ، نظر ، إن لم يكن لها وارث غير الزوج ، بأن كان ابن عمها أو معتقها ، ورث الحد وسقط ، وكذا لو لم يرثها إلا الزوج وأولاده منها ، لأن الولد لا يجوز أن يستوفي حد القذف من أبيه ، وإذا سقط الحد ولم يكن هناك ولد ، فقد سبق أنه لا يجوز اللعان لسائر الأغراض ، فلو كان يرثها غير الزوج وأولاده ، فما ورثه الزوج وأولاده يسقط ، ويجيء الخلاف فيما إذا سقط بعض الحد بعفو بعض الورثة ، إن قلنا : يسقط الجميع ، فكذلك يسقط الكل هنا ،

ويمتنع اللعان . وإن قلنا : للباقين المطالبة بجميع الحد أو بقسطهم وطلبوا ، فله اللعان للدفع ، وفي جواز اللعان قبل المطالبة الخلاف السابق .

الخامسة : عبد قذف زوجته ، ثم عتق وطالبته ، فله اللعان . فإن نكل حد حد العبيد ، لأنه وجب في الرق ، وكذا لو زنا في الرق ثم عتق ، حد حد العبيد . ولو قذف الذمي أو زنا ، ثم نقض العهد فسبي واسترق ، حد حد الأحرار ، ولو كانت الزوجة أمة فنكل عن اللعان ، فعليه التعزير . وإن لاعن حدث حد الإماء وإن عتقت بعد القذف .

وإن قذف مسلم زوجته الذمية أو الصغيرة أو المجنونة ، ثم طلبت الذمية ، أو طلبتا بعد البلوغ والإفاقة ، فإن نكل ، فعليه التعزير ، وإن لاعن ونكلت الذمية ، فعليها حد الزنا ، وإن نكل الأخريان ، فلا شيء عليهما .

السادسة : في « التتمة » أن الملاعن لو قبل من نفاه ، وقلنا : يلزمه القصاص فاستلحقه ، حكم بثبوت النسب وسقوط القصاص .

وأن الذمي لو نفى ولداً ثم أسلم ، لم يتبعه المنفي في الإسلام . ولو مات وقسم ميراثه بين أقاربه الكفار ، ثم استلحقه الذمي الذي أسلم ، ثبت نسبه وإسلامه ، واسترد المال وصرف إليه ، وأن المنفي باللعان إذا كان قد ولد على فراش صحيح ، لو استلحقه غيره ، لم يصح ، كما لو استلحقه قبل أن ينفيه صاحب الفراش ، لأنه وإن نفاه ، فحق الاستلحاق باق له ، فلا يجوز تفويته ، ولو كان يلحقه نسبه بشبهة أو نكاح فاسد ، فنفاه فاستلحقه غيره ، لحقه ، لأنه لو نازعه فيه قبل النفي ، سمعت دعواه .

السابعة : فيما جمع من فتاوى القفال وغيره ، أن سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان إلا في مسألتين .

إحداهما : إذا أقام القاذف بينة على زنا المقذوفة ، وأقامت بينة على أنها عذراء .

الثانية : إذا أقام شاهدين على إقرار المقذوف بالزنا ، وقلنا الإقرار : بالزنا لا يثبت بشاهدين ، فإنه يسقط حد القذف على الأصح . ومراده ما سوى صورة

التلاعن ، فإن الزوجين إذا تلاعنا ، اندفع الحدان . وهنا صورة رابعة يسقط فيها الحدان ، وهي إذا أقام القاذف بينة بإقرار المقذوف بالزنا ، ثم رجع المقذوف عن الإقرار ، سقط عنه حد الزنا ، ولا يقبل رجوعه في حق القاذف ، فلا يلزمه حد القذف(١) .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : إذا قذف شخصاً بالزنا وقال حلفوه أنه لم يزن ، فهل يجاب إلى ذلك ، وجهان الموافق لجواب الأكثرين نعم ، فإذا نكل المقذوف فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه يرد اليمين على القاذف ، فإذا حلف سقط حد القذف وقيل يسقط بالنكول ، ومع ذلك فلا يجب حد الزنا على المقذوف إذا علمت ذلك فهذه صورة سقط فيها حد القذف عن القاذف وانعدم فيها حد الزنا عن المقذوف ، فهذه ترد على ما قاله القفال ولا يحسن ما أجاب به المصنف هنا صورة ثانية قذف زوجته وماتت قبل أن لاعن ولم يكن هناك ولد ينفيه ولم يكن لها وارث غيره بأن كان ابن عمها أو يعتقها ورث الحد الواجب عليه فيسقط ، وكذا لو ورثها معه أولاده منها ، فإن كان يرثها غير الزوج وهو أجنبي ، سقط نصيب غيره وهل يسقط نصيبه ، أو له استيفاء الحد أو القسط خلاف الأصح .

الثاني إذا قلنا به أو بالثالث فله اللعان لدفعه وحينئذ يسقط عنه حد القذف فهذه مسألة تفرع منها ثلاثة أحوال تجتمع في كل منها سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا عن المقذوف وذلك وارد على ما ذكره القفال .

مسألة ثالثة : قذفت المرأة شخصاً بأنه زنى بها وهي مكرهة وطلبت المهر وأقامت أربع شهود بذلك وأقام هو أربع نسوة أنها عذراء ، لم تحد هي حد القذف ولا يحد هو حد الزنا ويلزمه المهر لأنه يثبت مع الشبهة ، وهذه عكس المسألة التي أبداها القفال ، وممن صرح بهذا الحكم المصنف تبعاً لأصله في باب الزنا .

مسألة رابعة : قذف ولده لم يجب على الولد حد الزنا ، وأما القاذف فلا يحد حد القذف على المذهب ، ثم لنا خلاف فيما إذا قبله ، هل نقول وجب القصاص ثم سقط ، أو لم يجب أصلاً ، ولا شك في مجيء الخلاف هنا فإن قلنا بالأول فهذه صورة اجتمع فيها سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا عن المقذوف وذلك وارد على ما ذكره القفال .

وإن قلنا بالثاني فهذا نوع ثالث يخالف ما ذكره القفال وما ذكره النووي ، فإن الذي ذكره القفال سقوط حد القذف عن القاذف ، وهنا لم يجب أصلاً ، والذي ذكره المصنف سقوطهما فيقال في هذا لا يجتمع حد القذف على القاذف وعدم حد الزنا على المقذوف إلا في هذه المسألة هذا مع أن القاذف مكلف مختار ، وهذا حسن فليتنبه له .

مسألة أخرى : شهد عليه بالزنا واحد لم يحد للقذف ولم يحد الآخر للزنا مذكور في الروضة في آخر باب القذف .

كذا قال المصنف والذي رأيته في باب حد القذف فيما لو شهد على إقراره واحد وهو ظاهر نعم ذكر في زيادة الروضة أن الشاهد بالجرح إذا لم يوافقه غيره أنه لا يكون قاذفاً ، وقال أنه المختار أو الصواب ، وفرق بين الشهادة بالجرح وبين غيرها .

ثم قال الشيخ البلقيني صورة أخرى فيما إذا قذف التي وطئها بشبهة أو نكاح فاسد وكان هناك ولد ولا عن =

قلت : مراد القفال : لا يسقط حد القذف مع أنه لا يحكم بوجوب حد الزنا [ولا يقبل رجوعه][1] إلا في المسألتين الأوليين ، فلا يرد عليه الأخريان ، لأنه وجب فيهما حد الزنا ، ثم سقط بلعانها أو بالرجوع . ولهذا قال : وعدم حد الزنا عن المقذوف ، ولم يقل : وسقوط حد الزنا ، كما قال : سقوط حد القذف . فالحاصل أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع وجوب حد الزنا ، إلا في المسألتين الأوليين ، ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع مسائل . والمراد : السقوط بحكم الشرع ، لا بعفو ونحوه . والله أعلم .

= فاندفع عنه حد القذف ولم يجب عليها حد الزنا على الأصح وكذلك إذا أبان ثم قذف بزنا مطلق أو مضاف إلى ما قبل النكاح ، فإن قيل هل يرد على ما ذكره القفال ما إذا قال زنيت بها وهي مكرهة ، لم يجب حد القذف ، ومع هذا فلا تحد هي ، قلنا لا إذ المراد القذف الصريح يجب حده ثم يسقط وهنا ليس قذفاً صريحاً ولا وجب شيء حتى يقال بسقوطه وما تم قذف بزنا حتى نقول لم يجب حده ، فإن قيل هل نرد على ضابط النووي في الأربع ما إذا قذفه بالزنا فأقر به ثم رجع لاجتماع سقوط كلمة ناقصة قلنا لا لأن الصورة التي ذكرها الرافعي رابعة هذه داخلة تحتها ، ثم ان المصنف قال المراد السقوط بحكم الشرع لا بعفو ونحوه وإقراره بالزنا يشبه العفو بل أقوى نعم يرد على ما ذكره النووي ما إذا قذف شخصاً وأقام أربعاً فرجع بعضهم قبل الحكم سقط حد القذف بالشبهة وحد الزنا بالرجوع إذا علمت ذلك فيقول : لا يجتمع سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا عن المقذوف إلا في مسألتي القفال مع مسائلنا ، انتهى .

وأخذ ذلك في الخادم ولم يعزه لشيخه على عادته .

(١) سقط من الأصل والمثبت من « ط » .

كتاب العِدَد[1]

فيه أبواب .

الأول : في عدة الطلاق وسائر أنواع الفرقة الواقعة في الحياة .

والثاني : في تداخل العدتين وعدمه .

والثالث : في عدة الوفاة .

والرابع : في السكنى .

والخامس : في الاستبراء .

الأول : في عدة الطلاق وما في معناه من اللعان ، وسائر الفسوخ ، ووطء الشبهة ، وإنما تجب هذه العدة إذا فارقها بعد الدخول ، فإن فارق قبله ، فلا عدة . واستدخال المرأة مني الرجل ، يقام مقام الوطء في وجوب العدة ، وثبوت النسب[2] . وكذا استدخال ماء من تظنه زوجها يقوم مقام وطء الشبهة ، ولا اعتبار

---

(١) جمع عدة ، مأخوذ من العدد لاشتمالها على العدد من الاقراء أو الأشهر غالباً ، وعدة المرأة قبل أيام اقرائها مأخوذ من العد والحساب ، وقيل : تربصها المدة الواجبة عليها .
(المصباح المنير ٢ / ٥٤١) - (مغني المحتاج ٣ / ٣٨٤) .
وشرعاً : اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتضجعها على زوجها .
وشرعت صيانة للأنساب وتحصيناً لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد والناكح الثاني ، والمغلب فيها البعد بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول براءة الرحم . (المغني ٣ / ٣٨٤) .

(٢) مراده الماء المحترم كما ذكره الشيخ في باب ما يحرم من النكاح ولفظه وإن أنزل الزوج بالزنا ، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب أي إذا استدخلته زوجته ولا المصاهرة ولا العدة ، ثم قال وقال أي البغوي من عند نفسه أي لا من كلام الأصحاب ، وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطيء زوجته يظن أنه يزني بها ، انتهى .

=

بقول الأطباء أن المني إذا ضر به الهواء ، لم ينعقد منه الولد ، لأنه قول بالظن ، لا ينافي الإمكان .

وفي « التتمة » وجه أن استدخال المني لا يوجب عدة ، لعدم صورة الوطء ، وهو شاذ ضعيف ، ولا تقام الخلوة مقام الوطء على الجديد ، كما سبق في « كتاب الصداق » ولو وطىء الخصي زوجته ثم طلق ، وجبت العدة والخصي : من قطعت أنثياه وبقي ذكره .

وأما من قطع ذكره وبقي أنثياه ، فلا عدة على زوجته بالطلاق إن كانت حائلاً ، فإن ظهر بها حمل ، فقد ذكرنا في اللعان ، أنه يلحقه الولد فعليها العدة بوضع الحمل .

وأما الممسوح الذي لم يبق له شيء أصلاً ، فلا يتصور منه دخول . ولو ولدت زوجته ، لم يلحقه على المذهب ، ولا تجب عدة الطلاق ووطء الصبي ، وإن كان في سن لا يولد له ، يوجب عدة الطلاق ، لأن الوطء شاغل في الجملة . ولذلك لو علق الطلاق على براءة الرحم يقيناً وحصلت الصفة ، طلقت ووجبت العدة إذا كانت مدخولاً بها .

فصل : عدة الطلاق ونحوه ، ثلاثة أنواع : الأقراء ، والأشهر ، والحمل ، ولا مدخل للأقراء في عدة الوفاة ، ويدخل النوعان الأخريان .

النوع الأول : الأقراء ، وواحدها قرء بفتح القاف ، ويقال بضمها ، وزعم بعضهم ، أنه بالفتح الطهر ، وبالضم الحيض . والصحيح أنهما يقعان على الحيض والطهر لغة ، ثم فيه وجهان للأصحاب . أحدهما : أنه حقيقة في الطهر ، مجاز في الحيض . وأصحهما : أنه حقيقة فيهما ، هذا أصله في اللغة ، والمراد بالأقراء في العدة : الأطهار . وفي المراد بالطهر هنا، قولان . أحدهما : الانتقال إلى الحيض دون عكسه . وأظهرهما : أنه الطهر المحتوش بدمين ، لا مجرد الانتقال إلى الحيض ، ممن نص على ترجيح هذا القول ، البغوي والروياني وغيرهما ، وفيه مخالفة لما سبق في الطلاق ، أن الأكثرين أوقعوا الطلاق في الحال وإذا قال للتي لم تحض : أنت طالق في كل قرء ، ويجوز أن يجعل ترجيحهم لوقوع الطلاق لمعنى

يختص بتلك الصورة ، لا لرجحان القول ، بأن الطهر الانتقال ، ثم إذا طلقها وقد بقي من الطهر بقية ، حسبت تلك البقية قرءاً ، سواء كان جامعها في تلك البقية أم لا[1] ، فإذا طلقها وهي طاهر فحاضت ، ثم طهرت ، ثم حاضت ، ثم طهرت ، ثم شرعت في الحيض ، انقضت عدتها ، وإن طلقها في الحيض ، فإذا شرعت في الحيضة الرابعة ، انقضت عدتها . وهل تنقضي العدة برؤية الدم للحيضة الثالثة أو الرابعة ، أم يعتبر مضي يوم وليلة بعد رؤية الدم ليعلم أنه حيض ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول ، لأن الظاهر أنه دم حيض ، ولئلا تزيد العدة على ثلاثة أقراء . وقيل : إن رأت الدم لعادتها ، انقضت برؤيته ، وإن رأته على خلافها ، اعتبر يوم وليلة . وإذا حكمنا بانقضائها بالرؤية ، فانقطع الدم لدون يوم وليلة ، ولم يعد حتى مضت خمسة عشر يوماً ، تبينا أن العدة لم تنقض ثم لحظة رؤية الدم أو اليوم والليلة ، إذا اعتبرناهما ، هل هما من نفس العدة ، أم يتبين بهما انقضاؤها وليسا منها ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

قلت : قال أصحابنا : إن جعلناه من العدة ، صحت فيه الرجعة ، ولا يصح نكاحها لأجنبي فيه ، وإلا فينعكس . وقد سبق هذا ، ولكن لا يليق إخلاء هذا الموضع منه . والله أعلم .

فرع : قال : أنت طالق في آخر طهرك ، أو في آخر جزء من أجزاء طهرك فإن قلنا : القرء الانتقال ، اعتد بذلك الجزء ، وإلا فلا .

ولو طلق من لم تحض أصلاً ، إن قلنا : الطهر الانتقال ، حسب طهرها ، قرءاً ، وإلا فلا .

---

(١) قال الشيخ البلقيني قوله تبعاً لأصله ، وفيه مخالفة لما سبق في الطلاق سؤال صحيح ، وقولهما ويجوز أن يجعل ترجيحهم إلى آخره لم يبينا المغني في ذلك وهو لائح من جهة أن القرء اسم للطهر والاحتواش شرط انقضاء العدة لا شرط التسمية وإنما كان الاحتواش شرطاً في انقضاء العدة للتكرر الدال على براءة الرحم بإظهار احتواشها الدماء بخلاف باب الطلاق في قوله أنت طالق في كل قرء طلقة فإنه يصدق اسم القرء وإن لم يوجد شرطه المختص بباب العدة وبها يضعف القول المكتفي في العدة بالطهر الماضي من الصغيرة قبل حيضها تفريعاً على أنه الانتقال لأن البراءة بالأطهار لم يحصل غلبة الظن بتكررها وفيه بحث آخر يطول . انتهى .

واعلم أن قولهم : القرء هو الطهر المحتوش ، أو الانتقال ، ليس مرادهم الطهر بتمامه ، لأنه لا خلاف أن بقية الطهر تحسب قرءاً ، وإنما مرادهم أنه هل يعتبر من الطهر المحتوش شيء ، أم يكفي الانتقال ؟ والمكتفون بالانتقال قالوا : الانتقال وحده قرء ، فإن وجد قبله شيء من الطهر ، أدخلوه في اسم القرء . ولهذا قالوا : لو قال للتي لم تحض : أنت طالق في كل قرء طلقة ، طلقت في الحال تفريعاً على هذا القول ، ولم يؤخروا الوقوع إلى الحيض للانتقال .

فصل : الحرة التي تحيض ، عدة طلاقها ثلاثة أقراء ، والأمة قرءان ، والمكاتبة ، والمدبرة ، وأم الولد ، ومن بعضها رقيق ، كالقنة في العدة . ولو وطئت أمة بنكاح فاسد ، أو بشبهة نكاح ، اعتدت بقرءين كتطليقها ، وإن وطئت بشبهة ملك اليمين ، استبرأت بقرء واحد .

فرع : لو عتقت الأمة المطلقة في العدة ، فهل تتم عدة حرة ، أم أمة ، أم يفرق ، فإن كانت بائنة ، فعدة الأمة ، وإلا فعدة حرة ؟ فيه أقوال . أظهرها : الثالث ، وهو الجديد . ولو طلق العبد الأمة رجعياً فعتقت في العدة ، ثم فسخت في الحال ، فهل تبني أم تستأنف العدة ؟ فيه خلاف كما لو طلق الرجعية طلقة أخرى ، وعن أبي إسحاق وغيره القطع بالبناء .

ولو أخرت الفسخ حتى راجعها ثم فسخت قبل الوطء ، ففيه الطريقان . والمذهب الاستئناف ، لأنها فسخت وهي زوجة ، والفسخ يوجب العدة . وحيث قلنا : تستأنف ، فتستأنف عدة حرة . وحيث قلنا : تبني ، فهل تبني على عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الخلاف فيما إذا عتقت المعتدة بلا فسخ .

فرع : وطىء أمة أجنبي يظنها أمته ، لم يلزمها إلا قرء .

ولو ظنها زوجته المملوكة ، فهل يلزمها قرء أم قرءان اعتباراً باعتقاده [فيه][1] وجهان . أصحهما : قرءان ، وإن ظنها زوجته الحرة ، فهل يلزمها قرء أم قرءان أم ثلاثة ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث[2] .

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) وهذا الترجيح هو قضية كلام الرافعي لكن الماوردي عزاه لابن سريج وحده . ثم قال : والذي قال به =

ولو وطىء حرة يظنها أمته ، فقطع جماعة بثلاثة أقراء ، لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة ، وأجرى المتولي الوجهين ، إن اعتبرنا حالها ، فثلاثة أقراء ، أو ظنه فقرءٌ . ولو ظنها زوجته المملوكة ، فطرد فيه الوجهين ، هل يجب قرءان لظنه ، أم ثلاثة ؟ والأشبه النظر إلى ظنه لأن العدة لحقه[1] .

فصل : المعتدات أصناف .

الأول : من لها حيض وطهر صحيحان ، فتعتد بالأقراء وإن تباعد حيضها وطال طهرها .

الصنف الثاني : المستحاضة ، فإن كان لها مردّ ، اعتدت بالأقراء المردود إليها من تمييز أو عادة ، أو الأقل ، أو الغالب إن كانت مبتدأة كما سبق في الحيض ، والأظهر : رد المبتدأة إلى الأقل . وعلى القولين : إذا مضت ثلاثة أشهر ، انقضت عدتها ، لاشتمال كل شهر على حيض وطهر غالباً ، وشهرها ثلاثون يوماً ، والحساب من أول رؤية الدم ، هكذا أطلق ، ويمكن أن يعتبر بالأهلة ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الناسية ، وقد أشار إليه مشيرون[2] ، فإن لم يكن لها مردّ وهي المتحيرة ، فقد سبق في « كتاب الحيض » أنها على قول ترد إلى مرد المبتدأة ، وأن المذهب أن عليها الاحتياط . فإن قلنا : كالمبتدأة ، انقضت عدتها بثلاثة أشهر ، وإن قلنا بالاحتياط ، فالأصح أنها كالمبتدأة أيضاً لعظم المشقة في الانتظار . والثاني : يلزمها الاحتياط كمن تباعد حيضها ، فتؤمر بالتربص إلى سن اليأس ، أو أربع سنين ، أو

= جمهور أصحابنا أنها تعتد عدة أمة لأن عدة الزوجية معتبرة بحال الأمة دون الوطء .

(١) ومراده الأشبه من جهة النظر والقياس لا من جهة النقل .

(٢) قال في المطلب وهذا منه يحتمل أمرين : أحدهما : أن يكون الاعتبار في دورها بالأهلة لا بالعدد من قبل وقت رؤية الدم ، وهو ما يقتضيه إيراد الغزالي . والثاني : وهو الأقرب أن عدتها تكون بالأشهر كالصغيرة لأجل أن الأشهر طرف للطهر والحيض كما سيأتي حكاية مثله وجهاً أو قولاً في المتحيرة وإن صح هذا لزم أن تعتد بثلاثة أشهر من وقت الطلاق كما تعتد بها الصغيرة والآيسة ، وإنما قلت : إن كلام الغزالي يقتضي الأول لأنه جمع بين المبتدأة والمتحيرة في الحكم وقال : إن طلاقها في آخر الشهر يكفيها ثلاثة أشهر بالأهلة الخ وظاهره عود الحكم المذكور إلى الصورتين .

تسعة أشهر ، على الخلاف الآتي ، ولا نقول : تمتد الرجعة وحق السكنى جميع هذه المدة ، لأن الزوج يتضرر به ، بل لا يزيد ذلك على ثلاثة أشهر ، ويختص الاحتياط بما يتعلق بها ، وهو تحريم النكاح . وإذا قلنا : تنقضي عدتها بثلاثة أشهر في الحال ، فالاعتبار بالأهلة ، فإن انطبق الطلاق على أول الهلال ، فذاك ، وإن وقع في أثناء الشهر الهلالي ، فإن كان الباقي أكثر من خمسة عشر يوماً ، حسب قرءاً ، وتعتد بعده بهلالين . . وإن كان خمسة عشر فما دونها ، فهل يحسب قرءاً ؟ وجهان . أصحهما : لا . وعلى هذا ، فقد ذكر أكثرهم أن ذلك الباقي لا اعتبار به ، وأنها تدخل في العدة لاستقبال الهلال . والمفهوم مما قالوا تصريحاً وتلويحاً أن الأشهر ليست متأصلة في حق الناسية ، ولكن يحسب كل شهر قرءاً لاشتماله على حيض وطهر غالباً .

وأشار بعضهم إلى أن الأشهر أصل في حقها ، كما في حق الصغيرة والمجنونة ، ومقتضى هذا أن تدخل في العدة من وقت الطلاق[1] ، ويكون كما لو طلق ذات الأشهر في أثناء الشهر ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . ولو كانت المتحيرة المنقطعة الدم ، ترى يوماً دماً ، ويوماً نقاءً ، لم تنقض عدتها إلا بثلاثة أشهر

---

(١) قال في الخادم : قول الرافعي والمجنونة لعله سبق قلم لأن المجنونة لا تساوي الصغيرة ، وصوابه كما في الصغيرة والآيسة ، وذكر المجنونة هذا لا معنى له لأنها إن كانت ممن تحيض وعرفت حيضها فتعتد به وإن لم يعرف فهي متحيرة ويمكن أن يدفع التغليظ بحمل كلامه في المجنونة على من لم يعلم هل لها دم أم لا ، فإن الأصل عدم الدم فيكون من ذوات الأشهر المتأصلة في حقها ، فيكون على الأشهر متأصلة في حق الصغيرة وفي حق الآيسة ليتحقق عدم الدم فيهما وفي حق المجنونة التي لم تعلم وجود دمها وإن أمكن وجوده ، انتهى .
فيه أمران :
أحدهما : ما ذكر أنه المفهوم عزاه الشيخ أبو محمد في الفروق للشافعي فقال : وعدتها عند الشافعي بالاقراء لا بالأشهر ولكن جعل ثلاثة أشهر محلاً لثلاثة قروء ولم يعتبر دوراً في الحيض والطهر سوى الهلال . وقال في المطلب : الصحيح أن الأشهر غير مقصودة لعينها بل لغيرها ، وعليه نص في الأم . انتهى .
الثاني : ما حكاه عن إشارة بعضهم من قضية كلام ابن أبي هريرة في تعليقه وأدخلها في الآية وبذلك صرح الماوردي ، وأن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر من وقت الطلاق سواء طلقها في ابتداء شهر أو في أثنائه ، وادعى أنه ظاهر النص .

سواء قلنا بالتلفيق أم بالسحب .

والأطهار الناقصة المتخللة لا تنقضي بها العدة بحال .

الصنف الثالث : من لم تر دماً ليأس ، وصغر ، أو بلغت سن الحيض أو جاوزته ولم تحض ، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن ، ولو ولدت ولم تر حيضاً قط ولا نفاساً ، فهل تعتد بالأشهر ، أم هي كمن انقطع حيضها بلا سبب ؟ وجهان . وبالأول قال الشيخ أبو حامد .

قلت : الصحيح الاعتداد بالأشهر ، لدخولها في قول الله تعالى : ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ وذكر الرافعي في آخر العدد عن « فتاوى البغوي » : أن التي لم تحض قط ، إذا ولدت ونفست ، تعتد بثلاثة أشهر ، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء فجزم البغوي بهذا ، ولم يذكر الرافعي هناك خلافاً[1] . والله أعلم .

ثم إن الأشهر معتبرة بالهلال ، وعليه المواقيت الشرعية ، وإن انطبق الطلاق على أول الهلال ، فذاك ، وإن انكسر ، اعتبر شهران بالهلال ، ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الرابع . فقال ابن بنت الشافعي : إذا انكسر شهر ، انكسر الجميع ، والصحيح الأول . وإذا وقع الطلاق في أثناء الليل أو النهار ، ابتدىء حساب الشهر من حينئذ . وإذا اعتدت صغيرة بالأشهر ثم حاضت بعد فراغها ، فقد انقضت العدة ، ولا يلزمها الأقراء ، ولو حاضت في أثناء الأشهر ، انتقلت إلى

---

(١) قال في المهمات : قد ناقضه يعني الرافعي في موضعين :
أحدهما بعد في قوله أي في الحمل من الزنا ، وتنقضي العدة مع الحمل في عدة الوفاة وفي عدة الطلاق إذا كانت المرأة من ذوات الأشهر أو الاقراء ولم ترد ما أوردته وقلنا ليس بحيض .
قال في الخادم : وهذا إنما هو عبارة الروضة وهو غلط ، وعبارة الرافعي لا تقتضي ذلك والتغليط لشيخه البلقيني ، ثم قال صاحب المهمات : والثاني في كلامه على أكثر مدة الحمل ، فقال معترضاً على مسألة ذكرها ولك أن تقول هنا وإن استمر في الاقراء إلا أنها لم تر دماً أصلاً أو رأته ، وقلنا إن الحامل بحيض تعتد بالأشهر ، انتهى .
قال في الخادم : وهذا السؤال غلط كما بينته في موضعه .

الأقراء ، وهل يحسب ما مضى قرءاً ؟ وجهان . أقربهما إلى ظاهر النص المنع[1] .

فإن كانت الآيسة ، والتي لم تحض أمة ، فهل عدتها ثلاثة أشهر ، أم شهران ، أم شهر ونصف ؟ فيه أقوال . قال المحاملي : أظهرها : الأول ، واختاره الروياني ، قال : ولكن القياس ، وظاهر المذهب ، شهر ونصف ، وعليه جمهور أصحابنا الخراسانيين .

الصنف الرابع : من انقطع دمها ، ينظر ، إن انقطع لعارض يعرف ، لرضاع ، أو نفاس ، أو مرض ، أو داء باطن ، صبرت حتى تحيض[2] ، فتعتد بالأقراء ، أو تبلغ سن اليأس ، فتعتد بالأشهر ، ولا تبالي بطول مدة الانتظار ، وإن انقطع لا لعلة تعرف ، فالقول الجديد : أنه كالانقطاع لعارض ، والقديم : أنها تتربص تسعة أشهر . وفي قول أربع سنين ، وفي قول مخرج ستة أشهر ، ثم بعد التربص ، تعتد بثلاثة أشهر . فإذا قلنا بالقديم فحاضت بعد التربص والعدة وبعدما تزوجت ، استمر النكاح للثاني على الصحيح ، وقيل : يتبين بطلانه ، لتبيننا أنها ليست من ذوات الأشهر ، وإن حاضت قبل تمام التربص ، بطل التربص وانتقلت إلى الأقراء ، ويحسب ما مضى قرءاً بلا خلاف ، فإن لم يعاودها الدم ، ولم تتم الأقراء ، استأنفت التربص لتعتد بعده بالأشهر ، لأن التربص الأول بطل بظهور الدم . قال المتولي : لا نأمرها باستئناف التربص ، لأنا على هذا القول ، لا نعتبر اليأس ، وإنما نعتبر ظهور براءة الرحم وقد ظهرت البراءة ، ورؤية الدم تؤكد البراءة . والصحيح المعروف ، هو الأول ، وإن حاضت بعد التربص ، وفي مدة العدة انتقلت إلى الأقراء ، فإن لم يعاودها الدم ، عاد الصحيح ، وقول المتولي . وإذا تربصت ، فتبنى الأشهر على ما مضى من الأشهر الثلاثة ، أم تستأنف الأشهر ؟ وجهان . أحدهما : تستأنف كما تستأنف التربص ، وأصحهما : تبني ، لأن ما مضى من الأشهر كان من صلب

---

(١) ما قال إنه ظاهر النص أطلق الروياني في الحلية حكايته عن النص وصرح بتصحيحه في تصحيح التنبيه لكن رجح أكثر العراقيين الاعتداد منهم المحاملي في المجموع وسليم في المجرد والجرجاني في الشافي وصاحب التنبيه ، وأقره ابن الرفعة في الكفاية ، وبه جزم من المراوزة الشيخ أبو محمد في مختصره والغزالي في خلاصته .

(٢) أطلق المرض ، وشرطه أن يكون مرجواً لزواله . كذا قيده الروياني في الحلية .

العدة ، فلا معنى لإبطاله، بخلاف التربص ، فعلى هذا في كيفية البناء وجهان . أحدهما : تعد ما مضى قرءاً ، ويبقى عليها قرءان، فتعتد بدلهما بشهرين . وعلى هذا ، لو حاضت مرتين ، بقي عليها قرء ، فتعتد بدله بشهر . وأصحهما : يحسب ما مضى من الأيام ، وتتمة ثلاثة أشهر ، ولا تضم بعض الأشهر إلى بعض الأقراء ، لئلا يجمع بين البدل والمبدل ، هكذا أطلقوا ذكر عدم المعاودة في الصورتين ، ولم يقولوا : إذا لم تعد إلى مدة كذا . ويشبه أن يضبط بعادتها القديمة ، أو بغالب عادات النساء . وإن حاضت بعد التربص والأشهر ، وقبل النكاح ، فأوجه . أصحها وينسب إلى النص : تنتقل إلى الأقراء . والثاني : لا ، بل انقضت العدة . والثالث : عن أبي هريرة : إن اعتدت بالأشهر بحكم قاض ، لم ينقض حكمه ، ولم تنتقل إلى الأقراء ، وإن اعتدت بها بمجرد فتوى ، انتقلت ، وسواء في هذه الصور والأحكام ، جعلنا التربص ستة أشهر أو تسعة ، أو أربع سنين ، هذا كله تفريع القديم .

أما إذا قلنا بالجديد وهو انتظار سن اليأس ، ففي النسوة المعتبرات قولان . أظهرهما وإليه ميل الأكثرين : يعتبر أقصى يأس نساء العالم . قاله الإمام : ولا يمكن طوف العالم ، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف . وعلى هذا ، فالأشهر أن سن اليأس ، اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون ، حكاهما أبو الحسن بن خيران في كتابه اللطيف ، وحكاهما غيره . وقال السرخسي : تسعون سنة[1] .

وحكي أن امرأة حاضت لتسعين سنة ، وعن أبي علي الطبري تخريج وجه أنه يعتبر سن اليأس غالباً ، ولا يعتبر الأقصى . والقول الثاني ، أنه يعتبر يأس عشيرتها من الأبوين ، نص عليه في « الأم » . وقيل : يعتبر نساء العصبات ، وقيل . نساء البلد . فإذا رأت الدم بعد سن اليأس ، نظر ، إن رأته في أثناء الأشهر ، انتقلت إلى الأقراء ، وحسب ما مضى قرءاً بلا خلاف ، فتضم إليه قرءين .

واعلم أنا إذا اعتبرنا أقصى اليأس في العالم ، فبلغته ، ثم رأت الدم ، صار

---

(١) أسقط من الرافعي وجهاً آخر حكاه في الكلام على رقوم الوجيز أن غير العربية لا تحيض بعد الخمسين ، والعربية تحيض بعدها ولا تجاوز الستين إلا قرشية وهو ما رواه الزبير بن بكّار في كتاب النسب لا تلد لخمسين إلا عجمية ولا تلد لستين إلا قرشية .

أقصى اليأس ما رأته ، ويعتبر بعد ذلك غيرها بها ، ثم إن لم يعاودها الدم ، رجعت إلى الأشهر . وهل تأمر بالتربص قبلها تسعة أشهر ، أو أربع سنين ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، استظهاراً ، وأصحهما : لا ، لأنها بلغت اليأس[١] . ثم في « التتمة » ، أنها تعتد بشهرين ، بدلاً عن قرءين ، والذي صححه الأئمة وحكوه عن القفال وغيره ، أنها تعتد بثلاثة أشهر تستأنفها . ولا يجيء في البناء الخلاف السابق في تفريع القديم ، لأنه في القديم تكفي غلبة الظن ، وهنا يطلب اليقين أو القرب منه . فإذا رأت الدم ، بطل ما ظنناه يأساً ، وبطل ما ترتب عليه من العدة ، فوجب الاستئناف .

وأما إذا رأت الدم بعد تمام الأشهر ، فثلاثة أقوال . أحدها : لا يلزمها العود إلى الأقراء ، بل انقضت عدتها ، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر . والثاني : يلزمها ، لأنه بان أنها ليست آيسة ، بخلاف الصغيرة ، فإنها برؤية الحيض لا تخرج عن كونها وقت الاعتداد من اللائي لم يحضن ، وهذا أصح عند البغوي . والثالث وهو الأظهر فيما يدل عليه كلام الأكثرين : إن كانت نكحت بعد الأشهر ، فقد تمت العدة ، والنكاح صحيح ، وإلا لزمها الأقراء ، وقطع صاحبا « التتمة » و « الشامل » بصحة النكاح .

النوع الثالث : الحمل .

فقد سبق أن عدة الطلاق ثلاثة أنواع : الأقراء ، والأشهر ، وقد مضيا ، والتف أحدهما بالآخر ، والثالث : هو الحمل ، ويشترط في انقضاء العدة به شرطان ، أحدهما : كونه منسوباً إلى مَن العدة منه . إما ظاهراً ، وإما احتمالاً ، كالمنفي باللعان . فإذا لاعن حاملاً ونفى الحمل ، انقضت عدتها بوضعه [لإمكان كونها منه ، والقول قولها في العدة إذا تحقق الإمكان][٢] .

---

(١) هذا الترجيح تابع فيه القاضي الحسين والبغوي ، والمنصوص في الأم هو الأول فقال في كلامه على الآيسة : وإن حاضت قبل أن تكمل الثلاثة أشهر فلتستقبل بستة أشهر فإن حاضت فيها أو بعدها حلت ولو حاضت بعد ذلك لم تعتد بالشهور . انتهى .

وبه أجاب الفوراني وتابعه في الوسيط .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

أما إذا لم يمكن أن يكون منه ، بأن مات صبي لا ينزل وامرأته حامل ، فلا تنقضي عدتها بوضع الحمل ، بل تعتد بالأشهر .

ولو مات من قطع ذكره وأنثياه ، وامرأته حامل ، لم تنقض عدتها بوضعه على المذهب ، بناءً على أنه لا يلحقه الولد . وعن الاصطخري والصيرفي والقفال : أنه يلحقه . وحكي هذا قول للشافعي ، وقد سبق في « اللعان » . فعلى هذا ، تنقضي عدتها بوضعه . ومن سُلَّ خصياه وبقي ذكره ، كالفحل في لحوق الولد على المذهب ، فتنقضي العدة منه بوضعه ، سواء فيه عدة الوفاة والطلاق . وفي وجه : لا يلحقه فلا تنقضي به العدة ، وحكى القاضي أبو الطيب وجهاً أنه إن كان مسلول الخصية اليمنى لم يلحقه وإن بقيت اليسرى ، لأنه يقال : إن الماء من الخصية اليمنى ، والشعر من اليسرى . ونقل الروياني في « جمع الجوامع » ، أن أبا بكر بن الحداد ، كان فقيد الخصية اليمنى ، فكان لا ينزل ، وكانت لحيته طويلة ، وهذا شيء يعتمده الجمهور .

[فرع][1] : وأما مجبوب الذكر باقي الأنثيين ، فيلحقه الولد ، فتعتد امرأته عن الوفاة بوضع الحمل ، ولا يلزمها عدة الطلاق لعدم الدخول[2] .

فرع : من مات عن زوجته ، أو طلقها وهي حامل بولد ، لا يمكن أن يكون

(١) سقط في « ط » .

(٢) ما قاله من اعتدادها بالوضع مشكل فإن الحمل إذا نسب إليه فلا يخلو إما أن يكون إمكانه بالايلاج أو باستدخال المني ، لكن الأول باطل لأن الغرض أنه مجبوب فتعين الثاني ، واستدخال المني في الطلاق يوجب العدة فكذا ها هنا ، ومراده أن عدة الوفاة تجب على زوجته تارة بالأشهر وتارة بالوضع فهي واجبة مطلقاً ، وإن لم يجز ما يقتضي الدخول ، أما عدة الطلاق فقد لا تحسب حيث لم يظهر سبب يقتضيها لأنها إنما تجب بالدخول ولا دخول ، فإن ظهر سبب من حمل أو استدخال اعتدت بالوضع في صورة الحمل وبالاقراء أو الأشهر في صورة الاستدخال لأنه تنزل في إيجاب العدة منزلة الوطء وما قاله من عدم تصور الدخول ممنوع كما حكي عن الماوردي من إمكان سحاقها وينزل في فرجها كاستدحال مني الفحل ، وقد جزم في الذخائر بالاعتداد وأول كلام الأصحاب فقال : وتعتد به عن الطلاق وقول أصحابنا زوجة المجبوب لا تعتد عنه عدة الطلاق يكون بالدخول ولا دخول إنما يريدون بذلك إذا لم يكن حمل وأما إذا كان حمل فلا بد من التربص إلى وضعه والظاهر كما قال فإنه إذا طلقها والولد منه ، ولا حق فيه ، وإنما يلحق به لاحتمال ألا يزال ، وقد رجح الرافعي أن استدخال المني يوجب العدة .

منه ، بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين العقد ، أو لأكثر ، ولكن كان بين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدة ، لم تنقض به عدته ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الغزالي في « الوجيز » وجهين آخرين . أحدهما : تنقضي ، لاحتمال أنه وطئها بشبهة قبل النكاح ، ويكفي الاحتمال ، كالولد المنفي باللعان . والثاني : إن ادعت وطء شبهة ، حكم بانقضاء العدة ، لأن القول في العدة قولها مع الإمكان ، ولم يذكر هذه الأوجه في « الوسيط » و« البسيط » في هذه الصورة ، بل ذكرها فيمن قال : إن ولدت فأنت طالق ، فولدت وشرعت في العدة ، ثم ولدت بعد ستة أشهر ولداً آخر . والثالث : الفرق بين أن تدعي وطأً محترماً من الزوج بعد الولادة الأولى فتنقضي العدة ، أو لا فلا .

فإذا قلنا بالمذهب ، فإن كان المولود لاحقاً بغيره بوطء شبهة ، أو في عقد فاسد ، انقضت عدة الوطء بوضعه ، ثم تعتد عن الزوج بعده ، وإن كان من زنا ، اعتدت عدة الوفاة من يوم الموت ، أو عدة الطلاق من يوم الطلاق ، وتنقضي العدة مع الحمل في عدة الوفاة . وفي عدة الطلاق ، إذا كانت من ذوات الأشهر ، أو كانت من ذوات الأقراء ، ولم تر دماً أو رأته ، وقلنا : إن الحامل لا تحيض وإن رأته ، وقلنا : إنه حيض ، ففي انقضاء العدة بأطهارها وهي حامل وجهان . أصحهما : الانقضاء ، لأن حمل الزنا كالمعدوم[1] . فعلى هذا ، لو زنت في عدة الوفاة أو الطلاق ، وحبلت من الزنا ، لم يمنع ذلك انقضاء العدة ، ولو كان الحمل مجهول الحال ، حمل على أنه من زنا ، قاله الروياني في « جمع الجوامع »[2] .

فرع : لو نكح حاملاً من الزنا ، صح نكاحه بلا خلاف . وهل له وطؤها قبل

---

(١) وهو يفهم أن ذات الأقراء تنقضي عدتها بالأشهر مع وجود الحمل في القسمين الأولين وهذا غلط لا يقوله أحد يستوي في ذلك ما إذا لم تر الدم على الحمل أو رأته ولم تجعله حيضاً بل تصبر حتى يمضي الاقراء بلا خلاف والموقع له اليأس في كلام الرافعي . وعبارة الرافعي إذا كان الحمل من زنا اعتدت للوفاة من يوم الموت ، وعدة الطلاق من يوم الطلاق وتنقضي بالأشهر مع الحمل في عدة الوفاة ، وفي عدة الحمل إن كانت من ذوات الأشهر . وإن كانت من ذوات الأقراء فإن لم تر الدم أو رأته وقلنا ما تراه الحامل ليس بحيض فلا يخفى أن الحكم وهو أنها تعتد بعد الوضع بالاقراء

(٢) قال الأذرعي والزركشي : إن الذي جزم به في النهاية أنه من وطء الشبهة طريقاً لتحسين الظن . وقال الشيخ جلال الدين البلقيني عن كلام الروياني : هذا متعقب ، بل ينبغي أن لا يجعل من الزنا وكأنه لم يستحضر كلام النهاية ولو استحضره لاستشهد به .

الوضع ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، إذ لا حرمة له ، ومنعه ابن الحداد .

الشرط الثاني : أن تضع الحمل بتمامه ، فلو كانت حاملاً بتوأمين ، لم تنقض العدة حتى تضعهما ، حتى لو كانت رجعية ، ووضعت أحدهما ، فله الرجعة قبل أن تضع الثاني ، وإنما يكونان توأمين إذا وضعتهما معاً ، أو كان بينهما دون ستة أشهر ، فإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً ، فالثاني حمل آخر .

فرع : لا تنقضي العدة بخروج بعض الولد ، ولو خرج بعضه منفصلاً أو غير منفصل ولم يخرج الباقي ، بقيت الرجعة . ولو طلقها ، وقع الطلاق . ولو مات أحدهما ورثه الآخر ، وكذا تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض ، كمنع توريثه ، وكسراية عتق الأم إليه ، وعدم إجزائه عن الكفارة ، ووجوب الغرة عند الجناية عن الأم ، وتبعية الأم في البيع والهبة وغيرهما . وفي وجه ضعيف : إذا خرج كان حكمه حكم المنفصل كله في جميع ما ذكرنا ، إلا في العدة ، فإنها لا تنقضي إلا بفراغ الرحم ، وينسب إلى القفال وهو منقاس ، ولكنه بعيد في المذهب .

فرع : تنقضي العدة بانفصال الولد حياً ، أو ميتاً ، ولا تنقضي بإسقاط العلقة والدم[1] .

ولو أسقطت مضغة ، فلها أحوال .

أحدها : أن يظهر فيها شيء من صورة الآدمي ، كيد ، أو أصبع ، أو ظفر وغيرها ، فتنقضي بها العدة .

والثاني : أن لا يظهر شيء من صورة الآدمي لكل أحد ، لكن قال أهل الخبرة من النساء : فيه صورة خفية ، وهي بينة لنا وإن خفيت على غيرها ، فتقبل شهادتهن ، ويحكم بانقضاء العدة وسائر الأحكام .

الثالث : أن لا يكون صورة ظاهرة ولا خفية يعرفها القوابل ، لكنهن قلن : إنه أصل آدمي ، ولو بقي لتصور ولتخلق ، فالنص أن العدة تنقضي به . ونص أنه لا

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : إذا مات الولد في البطن ولم يخرج فلا تنقضي العدة حتى تضعه وقد وقعت هذه المسألة واستفتينا عنها فأوجبنا بذلك . انتهى .

يجب فيه الغرة ، وأشعر نصه أنه لا يثبت به الاستيلاد ، فقيل في الجميع قولان . وقيل : بتقرير النصوص ، لأن المراد بالعدة براءة الرحم وقد حصلت . والأصل براءة الذمة في الغرة . وأمومة الولد إنما تثبت تبعاً للولد . وقيل : تثبت هذه الأحكام قطعاً ، وحمل نص المنع على ما إذا يعلمن أنه مبتدأ خلق . وقيل : لا تثبت قطعاً[١] ، وحمل نص العدة على ما إذا كانت صورة خفية ، والمذهب على الجملة انقضاء العدة ومنع الآخرين[٢] .

ولو شك القوابل في أنه لحم آدمي ، أم لا ، لم يثبت شيء من هذه الأحكام ، بلا خلاف . ولو اختلف الزوجان ، فقالت : كان السقط الذي وضعته مما تنقضي به العدة ، وأنكر الزوج ، وضاع السقط ، فالقول قولها بيمينها ، لأنها مأمونة في العدة .

فصل : إذا كانت تعتد بالأقراء أو بالأشهر ، فظهر بها حمل من الزوج ، اعتدت بوضعه ، ولا اعتبار بما مضى من الأقراء والأشهر ، فإن لم يظهر الحمل بأمارة ، ولكنها ارتابت لثقل وحركة تجدها ، نظر ، إن ارتابت قبل تمام الأشهر ، أو الأقراء ، فليس لها أن تتزوج بعد تمامها حتى تزول الرِّيبة . فإن تزوجت ، فالنكاح باطل . وإن ارتابت بعد أن انقضت الأقراء أو الأشهر وتزوجت ، لم يحكم ببطلان النكاح ، لكن لو تحققنا كونها حاملاً وقت النكاح ، بأن ولدت لدون ستة أشهر من وقت النكاح ، تبينا بطلان النكاح ، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً ، فالولد للثاني ، ونكاحه مستمر على صحته . وإن ارتابت بعد الأقراء والأشهر ، وقبل أن تتزوج ، فالأولى أن تصبر إلى زوال الرِّيبة ، فإن لم تفعل وتزوجت ، فالمذهب القطع بأن النكاح لا يبطل في الحال ، بل هو كما لو تزوجت ، وهو نصه في « المختصر » و « الأم » ، وبه قال ابن خيران ، وأبو إسحاق ، والاصطخري ، لأنا حكمنا بانقضاء

---

(١) لم يرجح المصنف شيئاً من الطرق .
قال الشيخ البلقيني وفي الشرح أن الأصح من الطرق عند صاحب التهذيب القطع بأنه لا يتعلق به شيء من هذه الأحكام وحمل نصه في العدة على ما إذا كان فيه صورة خفية ، قال الرافعي : ويشبه أن يرجح طريقة القولين .

(٢) ما رجحه من انقضاء العدة فيه نظر فإن الماوردي صرح بأنه نص عليه في القديم ، وقضية كلامه عدم الانقضاء كما رجحه صاحب التهذيب والكافي إلا أن يثبت أن المسألة مما يفتى فيها على القديم أو أنه ليس له نص في الجديد .

العدة ، فلا نبطله بالشك ، وقيل : يحكم ببطلانه ، حكي عن ابن سريج . وقيل : قولان[١] .

فصل : أكثر مدة الحمل أربع سنين ، فلو أبانها بخلع أو بالثلاث ، أو بفسخ ، أو لعان ولم ينف الحمل ، فولدت لأربع سنين فأقل من وقت الفراق ، لحق الولد بالزوج ، هكذا أطلقوه . وقال أبو منصور التميمي : ينبغي أن يقال : لأربع سنين من وقت إمكان العلوق ، وقبيل الطلاق ، وهذا قويم ، وفي إطلاقهم تساهل ، وسواء أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت ، أم لم تقر ، لأن النسب حق الولد ، فلا ينقطع بإقرارها . وقال ابن سريج : إذا أقرت بانقضائها ثم ولدت ، لم يلحقه إلا أن تأتي به لدون ستة أشهر من الأقراء ، كما إذا صارت الأمة فراشاً لسيدها بالوطء ثم استبرأها فأتت بولد بعد الاستبراء لستة أشهر فصاعداً ، لا يلحقه ، نص عليه . فمن الأصحاب من جعل المسألتين على قولين ، وقطع الجمهور بتقرير النصين ، وفرقوا بأن فراش النكاح أقوى وأسرع ثبوتاً ، فإنه يثبت بمجرد الإمكان . أما إذا ولدت لأكثر من أربع سنين ، فالولد منفي عنه بلا لعان[٢] . ولو طلقها رجعياً ثم ولدت ، فالحكم على التفصيل المذكور ، إلا أن السنين الأربع ، هل تحسب من وقت الطلاق ، أم من وقت انصرام العدة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، لأنها كالبائن في تحريم الوطء ، فلا يؤثر كونها زوجة في معظم الأحكام . فإن قلنا : من وقت الانصرام ، فقد أطلق الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما حكاية وجهين . أحدهما : أنه يلحقه متى أتت به من غير تقدير ، لأن الفراش على هذا القول ، إنما يزول بانقضاء العدة . والثاني :

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : أنهم جعلوا محل النصين فيما إذا عرضت الريبة بعد الاقرار وليس كذلك فإن عبارة الشافعي « ولا تنكح المرتابة وإن أوفت عدتها لأنها لا تدري ما عدتها وإن نكحت لم ينفسخ ووقعناه » . انتهى وحينئذ يتجه القطع بالصحة وحمل نص الطلاق على ما إذا ارتابت في أثناء العدة .

الثاني : سكت عن مسألة مهمة وهي مراجعة الزوج في حال ارتيابها بعد انقضاء الاقراء ، وقال الشافعي في المختصر : توقف الرجعة ، فإن بان حمل فالرجعة ثابتة وإلا فباطلة ولو راجعها بعد وضع ولد وهي تجد حركة ، ولوقفنا الرجعة فإن ولدت آخر أو أسقطت سقطاً تبين فيه خلق آدمي فرجعته ثابتة . انتهى .

(٢) هذا هو المنصوص في رواية الربيع وهو الصواب ، ونقل المزني انتفاءه باللعان . ثم قال : يشبه أن يكون غلطاً من غير الشافعي قال الأصحاب : وهو كما قال . كذا قاله الرافعي .

أنه إذا مضت العدة بالأقراء أو الأشهر ، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين من انقضائها ، لم يلحقه ، لأنا تحققنا أنه لم يكن موجوداً في الأقراء والأشهر ، فتبين بانقضائها ، وتصير كما لو بانت بالطلاق ، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين . وهذا الثاني هو الأصح عند الأكثرين ، وحكوه عن نص الشافعي رحمه الله . ولك أن تقول هذا ، وإن استمر في الأقراء ، لا يستمر في الأشهر ، فإن التي لا تحمل ، لا تعتد بـالأشهر ، فـإذا حبلت ، بان أن عدتها لم تنقض بالأشهر ، وسيأتي نظير هذا[1] إن شاء الله تعالى ، ثم هذا الخلاف ، على ما ذكره الروياني وغيره ، فيما إذا أقرت بانقضاء العدة ، فإن لم تقر ، فالولد الذي تأتي به، يلحقه وإن طال الزمان ، لأن العدة قد تمتد لطول الطهر . وحكى القفال فيما إذا لم تقر وجهاً ضعيفاً ، أنه إذا مضت ثلاثة أشهر ثم ولدت لأكثر من أربع سنين ، لم يلحقه ، لأن الغالب انقضاء العدة في ثلاثة أشهر ، ومتى حكمنا بثبوت النسب ، كانت المرأة معتدة إلى الوضع ، فيثبت للزوج الرجعة إن كانت رجعية ، ولها السكنى والنفقة .

فرع : ولدت لأكثر من أربع سنين ، وادعت في الطلاق الرجعي أن الزوج راجعها ، أو أنه جدد نكاحها ، أو وطئها بشبهة ، وأنها ولدته على الفراش المجدد ، نظر ، إن صدقها الزوج ، لزمه مقتضى إقراره ، فعليه المهر في صورة التجـديد ، والنفقة والسكنى في الرجعة ، والتجديد جميعاً ، ويلحقه الولد للفراش ، وإن أنكر إحداث فراش ، فهو المصدق بيمينه ، وعليها البينة ، فإن نكـل ، حلفت ، وثبت النسب ، إلا أن ينفيه باللعان . وحكى أبو الفرج الزاز قولاً ، أنه إذا نكل ، لا ترد اليمين عليها ، لأنها إذا حلفت ، ثبت نسب الولد ، ويبعد أن يحلف الشخص لفائدة غيره ، والمشهور الأول ، فـإن لم يحلفها ، أو نكلت ، ففي حلف الـولد إذا بلغ خلاف سبق في نظائره[2] . وإن اعترف بفراش جديد ، وأنكر ولادتها ، وادعى أنها

---

(١) وهذا السؤال وهم لأن الكلام في المطلقة الرجعية إذا أتت بولد لأكثر من أربع سنين من انقضاء العدة بالأقراء أو بالأشهر لا يلحق المطلق تفريعاً على أن المدة تحسب من انصرام العدة وهو القول المرجح ، ووجه الرافعي عدم اللحوق بأنا تحققنا أنه لم يكن موجوداًفي الاقراء أو الأشهر فتبين بانقضائها وتصير كما لو بانت بالطلاق ثم ولدت لأكثر من أربع سنين فقوله هنا لأن التي تحمل لا تعتد بالأشهر لا معنى له لأنها اعتدت بالأشهر ولا حمل .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : قضيته الاكتفاء بدعواها الرجعة وما معه دون الاصابة =

التقطته واستعارته ، صدق بيمينه ، وعليها البينة على الولادة . فإن نكـل ، حلفت وثبتت الولادة والنسب بالفراش ، إلا أن ينفيه باللعان ، ويعود في تحليفها الخلاف السابق . ثم قال الأئمة : العدة تنقضي بوضعه وإن حلف الرجل على النفي ولم يثبت ما ادعته ، لأنها تزعم أنه منه ، فكان كما لو نفي حملها باللعان ، فإنه وإن انتفى الولد تنقضي العدة بوضعه لزعمها أنه منه[١] .

ولو ادعت على الوارث بعد موت الـزوج أن الزوج كـان راجعها ، أو جـدد نكاحها ، فإن كان الوارث ممن لا يحجب ، نظر ، إن كان ابناً واحداً ، فالحكم كما لو ادعت على الزوج ، إلا أن الـوارث يحلف على نفي العلم ، وإلا أنه إذا ثبت النسب ، لا يمكنه نفيه باللعان . وإن كان له ابنـان ، وادعت عليهما ، فكـذباهـا وحلفا ، أو نكلا أو صدقها أحدهما وكذب الآخر وحلفت ، ثبت المهر والنفقة بحصة المصدق ، ولا يثبت النسب ، لأن جميع الورثة لم يتفقوا . وفي ثبوت ميراث الزوجة في حصة المصدق خلاف مذكور في موضعه .

وإن كان الوارث ممن يحجبَ كالأخ ، فإن صدقها فذاك ، ولا يرث الولد وإن ثبت نسبه ، وإن كذبها ، فعلى ما ذكرنا .

فرع : علَّق طلاقها بالولادة ، فولـدت ولدين ، فـإن كان بينهمـا دون ستة أشهر ، لحقاه ، وطلقت بالأول ، وانقضت عدتها بالثاني ، وإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر ، طلقت بولادة الأول ، ثم إن كان الطلاق بائناً ، لم يلحقه الثاني لأن العلوق به لم يكن في نكاح ، وإن كان رجعياً ، بني على أن السنين الأربع تعتبـر من وقت الطلاق ، أم من انصرام العدة ؟ إن قلنا بالأول ، لم يلحقه . وإن قلنا بالثاني ، لحقه إذا أتت به لدون أربع سنين من ولادة الأول[٢] وتنقضي العدة بوضعه ، سواء لحقه أم

= الثاني : أن ما ذكر من تحليفها عند نكوله وأورده إيراد المشهور هو الـذي أورده العراقيـون ورجحه الإمام . قال القاضي الحسين : لم يقل الشافعي ها هنا انها تحلف .

(١) ما حكاه عن الأئمة نقله الماوردي عن الجمهور وقال : إنه الظاهر من مذهب الشافعي ، ثم اختار عدم الانقضاء . قيل : والأول هو الصواب لأن عدة الزوج قد انقضت بما وُجد من الاقراء ، وهذا الولد منتف عنه ، والعلوق به بعد الانفصال ممكن فما يرفع ما حكمنا به من انقضاء العدة .

(٢) قال الأذرعي قوله وإن كان بائناً بنى على أن السنين الأربع إلى آخره ، الذي في الرافعي وإن كان الطلاق رجعياً فيبنى على أن السنين الأربع يعتبر من وقت الطلاق إلى آخره وهذا هو الصواب .

لا ، لاحتمال وطء الشبهة بعد البينونة ، كذا قاله ابن الصباغ .

ولو ولدت ثلاثة أولاد ، فإن كانوا حملاً واحداً ، بأن كان بين الأول والثالث دون ستة أشهر ، طلقت بالأول ، وانقضت عدتها بالثالث ، ولحقه الجميع . وإن كان بين الأولين أقل من ستة أشهر ، وبين الثاني والثالث أكثر منها ، لحقه الأولان وانقضت عدتها بالثاني ، ولا يلحقه الثالث . وإن كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهر ، وبين الثاني والثالث ، دون الستة ، طلقت بالأول ولم يلحقه الآخران إن كان الطلاق بائناً ، وإن كان رجعياً ، ففيه الخلاف . وإن زاد ما بين الأولين على ستة أشهر ، وكذا ما بين الثاني والثالث ، فالثالث غير لاحق به ، وكذا الثاني إن كان الطلاق بائناً . وإن كان رجعياً ، فعلى الخلاف ، ولو كان ما بين الأولين دون الستة ، وكذا ما بين الثاني والثالث ، وكان بين الثالث والأول أكثر من الستة ، فالأولان لاحقان دون الثالث[1] .

فرع : هذا الكلام السابق ، إذا لم تصر بعد الطلاق فراشاً لغيره حتى ولدت ، فلو صارت بأن نكحت بعد العدة ، ثم ولدت ، نظر ، إن ولدت لدون ستة أشهر من النكاح الثاني ، فكأنها لم تنكح ، والحكم على ما سبق[2] وإن أتت به لستة

= ولعل الذي في الروضة سبق قلم ويؤيده أنه قدم ذكر البائن بقوله : إن كان الطلاق بائناً لم يلحق الثاني إلى آخره ، وكتب ابن العطار على نسخة المصنف هذا سهو ، والصواب وإن كان رجعياً كما في الشامل .

(١) وهو يقتضي أنه إذا كان لأربع سنين لحقه .
قال في المهمات : وليس كذلك بل الصواب وهو الذي ذكره في أوائل الباب أن الأربع حكمها حكم ما دونها في اللحوق . انتهى .
وليس كما قال بل الصواب أنه لا يلحقه إذا أتت به لأربع ولا ذكر لهذه الصورة في أوائل الباب لأن هذه الصورة في تعليق الطلاق على الولادة والمذكورة أول الباب في التطليق بغير الولادة ، والفرق بينهما أنا لو اعتبرنا الأربع من ولادة الأول لكان هذا الحمل حين الولادة غير موجود فيكون حادثاً بعد انقضاء العدة فلا يلحق ، فإن كان حين الولادة موجوداً واعتبرنا أربع سنين من الولادة لزم أن يزيد على أكثر مدة الحمل وحينئذ فلا يلحق المطلق بخلاف ما إذا طلقت بغير الولادة فإنا نعتبر أربع سنين من وقت الطلاق لاحتمال أن يقع الطلاق بالوطء . فلا تحمل الولد حينئذ في البطن إلا أربع سنين بخلاف مسألتنا فإنه لا بد أن يكون موجوداً حملاً قبل انقضاء عدتها في حالة كونها فراشاً فوجب اعتبار دون أربع سنين من وقت ولادة الولد .

(٢) قضيته أنه لا فرق بين أن يتفق الزوجان على الدخول أو ينكر أحدهما أو يتفقان على عدمه أو يتفقان على =

أشهر فأكثر ، فالولد للثاني[١] وإن أمكن كونه من الأول ، لأن الفراش للثاني ناجز ، فهو أقوى ، ولأن النكاح الثاني قد صح ظاهراً . فلو ألحقنا الولد بالأول ، لبطل النكاح لوقوعه في العدة ، ولا سبيل إلى إبطال ما صح بالاحتمال ، ولو نكحت نكاحاً فاسداً ، بأن نكحت في العدة ، لم يقطع العقد العدة ، لكن تسقط نفقتها وسكناها لنشوزها .

ثم إن وطئها الزوج عالماً بالتحريم ، فهو زان لا يؤثر وطؤه في العدة ، وإن جهل التحريم لظنه انقضاء العدة ، أو أن المعتدة لا يحرم نكاحها ، انقطعت به العدة لمصيرها فراشاً للثاني .

قال الروياني : ودعوى الجهل بتحريم المعتدة ، لا يقبل إلا من قريب عهد بالإسلام ، ودعوى الجهل بكونها معتدة يقبل من كل أحد ، ثم إذا فرق بينهما ، تكمل عدة الأول ، ثم تعتد للثاني ، فلو ولدت لزمان الإمكان من الأول دون الثاني ، لحق بالأول وانقضت عدته بوضعه ، ثم تعتد للثاني ، وإن أتت به لزمان الإمكان من الثاني دون الأول ، بأن أتت به لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ، فإن كان الطلاق بائناً ، فهو ملحق بالثاني ، وإن كان رجعياً ، فهل يلحق بالثاني ، أم يقال : فراش الأول باق فيعرض الولد على القائف ؟ فيه قولان ، وإن ولدته لزمن الإمكان منهما ، عرض على القائف ، فإن ألحقه بهما ، أو نفاه عنهما ، أو أشكل عليه ، أو لم يكن قائف ، انتظر بلوغه وانتسابه بنفسه[٢] ، وإذا وضعته ومضت ثلاثة أقراء ، حلت للزواج ، وإن ولدته لزمان لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، بأن كان لدون ستة أشهر من نكاح الثاني ، ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ، لم يلحق واحد منهما إن كان الطلاق بائناً ، فإن كان رجعياً عاد الخلاف في أنها هل هي فراش . وإذا نفيناه عنهما ، فعن الشيخ أبي حامد : أنه لا تنقضي العدة بوضعه عن واحد منهما ، بل بعد الوضع تكمل العدة عن الأول ، ثم تعتد عن الثاني . قال ابن الصباغ :

= أن الولد ليس من الزوج ولا فرق بين أن تقول المرأة كذب في انقضاء العدة أم لا .

(١) لا يكفي مجرد السنة بل لا بد من إمكان الاجتماع والوطء وأهمله الرافعي لوضوحه .

(٢) قال الماوردي : ليس المراد أنه لا يوجد قائف في الدنيا لأن الحجاز لا تخلو منهم بل المراد أن لا يوجد في موضع الولد وما قرب منه من مسافة القصر ولا يلزم إذا فُقدوا أن يحمل الولد إليهم أو يحملوا إليه . وحكاه الرافعي في باب تداخل العدتين عن الروياني والفوراني اشترط أن لا توجد في الدنيا قائف .

وقياس ما ذكرنا ، فيما إذا علق طلاقها بالولادة فولدت ولدين بينهما ستة أشهر ، أن الثاني لا يلحقه ، وتنقضي العدة بوضعه أن نقول هنا : تنقضي العدة عن أحدهما[١] .

ثم مدة الإمكان من الزوج الثاني ، هل تحسب من وقت النكاح الفاسد ، أم من وقت الوطء ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبالأول قال القفال الشاشي . ويقرب من هذا الخلاف الخلاف في أن العدة في نكاح الفاسد ، هل تحسب من آخر وطء فيه ، أم من وقت التفريق ؟ والأصح من التفريق[٢] ، لأن الفراش حينئذ يزول ، والتفريق بأن يفرق القاضي بينهما .

وفي معناه : ما إذا اتفق الزوجان على المفارقة ، وما إذا مات الزوج عنها أو طلقها وهو يظن الصحة ، ولو غاب عنها على عزم أن يعود إليها ، لم تحسب مدة الغيبة من العدة ، ولو عزم أن لا يعود ، حسبت .

وخرج على الخلاف المذكور ، أن لحوق الولد في انكاح الفاسد ، هل يتوقف على إقراره بالوطء كما في ملك اليمين ، أم يكفي فيه مجرد العقد كالنكاح الصحيح ؟ وأما إذا أحوجناه إلى الإقرار بالوطء ، فهل ينتفي الولد بدعوى الاستبراء كملك اليمين ، أم لا ينتفي باللعان ؟ والأصح الثاني . ولو وطئت بالشبهة في العدة

---

(١) قال في الخادم : ما حكاه عن الشيخ أبي حامد خالفه في تداخل العدتين فحكي عنه أنها تعتد بالوضع عن أحدهما لا بعينه ، والسبب في ذلك اختلاف النقل عن أبي حامد فنقل ابن الصباغ عنه ها هنا وتابعه الرافعي ونقل الإمام عنه الاعتداد وتابعه الرافعي هناك ولم يستحضر البينة على المخالفة ، والذي حكاه الإمام عنه هو الذي حكاه البندنيجي عن شيخه أبي حامد وحكاه الماوردي عنه في باب تداخل العدتين ، وقيل إن الموجود في تعليق الشيخ أبي حامد ما حكاه ابن الصباغ .
قال صاحب الخادم وهو المجزوم به في التجريد للمحاملي . انتهى ما أردته منه .

(٢) تعبيره بالأصح يقتضي أن الخلاف وجهان وهذا لم يصرح به الرافعي ولا البغوي بل صرح المتولي بأنهما قولان فقال في الباب الرابع في أحكام العدة وفي النوع الرابع ؛ وأصل هذه المسألة أن من نكح فاسداً ووطئها فهي في العدة ما دام مواطئاً على وطئها فإن هجرها إلا أنه لم يقطع النكاح بفسخ أو طلاق ولا فرق الحاكم بينهما فهل تنقضي عدتها في زمان إعراضه عن وطئها أم لا ؟ فيه قولان :
أحدهما : وهو المشهور أنه لا يحسب الزمان عن العدة ، وفيه قول آخر أن زمانها يحسب عن العدة لأن الأقراء الدالة على فراغ الرحم موجودة بخلاف المنكوحة نكاحاً صحيحاً ، لأن النكاح الصحيح غير مستحق القطع .

فولدت للإمكان من الزواج والواطىء ، عرض الولد على القائف ، كما ذكرنا في النكاح الفاسد . ولو وطئت بعد انقضاء العدة ، فهل هو كالنكاح الثاني في قطع فراش الأول ؟ وجهان . أحدهما : لا ، بل يعرض الولد على القائف ، وأصحهما : نعم لانقطاع النكاح الأول والعدة عنه في الظاهر ، فعلى هذا ، لو ولدت للإمكان منهما ، لحق بالواطىء كما يلحق بالزوج الثاني .

فرع : ولدت وطلقها ، ثم اختلفا ، فقال : طلقتك بعد الولادة فلي الرجعة ، وقالت : بل قبلها وانقضت عدتي بالوضع ، فإن اتفقا على وقت الولادة ، كيوم الجمعة وقال : طلقتك يوم السبت ، وقالت : يوم الخميس ، فهو المصدق بيمينه ، لأن الطلاق بيده ، فصدق فيه كأصله . وإن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة ، وقال : ولدتِ يوم الخميس ، وقالت : يوم السبت ، صدقت بيمينها . وإن لم يتفقا على وقت ، وادعى تقدم الولادة ، وهي تقدم الطلاق ، فهو المصدق . ولو ادعت تقدم الطلاق ، فقال : لا أدري ، لم يقنع منه ، بل إما أن يحلف يميناً جازمة أن الطلاق لم يتقدم ، وإما أن ينكل فتحلف هي ، ويجعل بقوله : لا أدري منكِراً ، فتعرض اليمين عليه ، فإن أعاد كلامه الأول ، جعل ناكلاً فتحلف هي ولا عدة عليها ولا رجعة له ، وإن نكلت ، فعليها العدة . قال الأصحاب : وليس هذا قضاء بالنكول ، بل الأصل بقاء النكاح وآثاره ، فيعمل بهذا الاصل ما لم يظهر دافع .

ولو جزم الزوج بتقدم الولادة ، وقالت هي : لا أدري ، فله الرجعة ، والورع أن لا يراجع ، وكذا الحكم لو قال : لا ندري السابق منهما ، وليس لها النكاح حتى تمضي ثلاثة أقراء[1] .

الباب الثاني في اجتماع عدتين

قد يجتمعان عليها لشخص ، وقد يكونان لشخصين .

القسم الأول : إذا كانتا لشخص ، فينظر ، إن كانتا من جنس ، بأن طلقها وشرعت في العدة بالاقراء أو الأشهر ، ثم وطئها في العدة جاهلاً إن كان الطلاق بائناً وجاهلاً ، أو عالماً إن كان رجعياً ، تداخلت العدتان ، ومعنى التداخل ، أنها تعتد

(١) تابع فيه الغزالي وحكاه في الذخائر عنه ، ثم قال : والذي أورده الشيخ في المهذب أنه لا يحكم بينهما في هذه الصورة لا يدعيان حقاً ولم يحك عن المذهب سواه .

بثلاثة أقراء ، أو ثلاثة أشهر من وقت الوطء ، ويندرج فيها بقية عدة الطلاق . وقدر تلك البقية ، يكون مشتركاً واقعاً عن الجهتين ، وله الرجعة في قدر البقية إن كان الطلاق رجعياً ، ولا رجعة بعدها ، ويجوز تجديد النكاح في تلك البقية وبعدها إذا لم يكن عدد الطلاق مستوفىً ، هذا هو الصحيح . وحكى أبو الحسن العبادي عن الحَليمي ، أن عدة الطلاق تنقطع بالوطء ، ويسقط باقيها ، وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء . قال : وقياسه أن لا تثبت الرجعة في البقية ، ولكن منعنا منه بالإجماع[1] . وقد ينقطع أثر النكاح في حكم دون حكم . وفي وجه ثالث : أن ما بقي من عدة الطلاق يقع متمحضاً عن الطلاق ، ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة أقراء ، وهذا ضعيف .

وإن كانت العدتان من جنسين ، بأن كانت إحداهما بالحمل ، والأخرى بالأقراء سواء طلقها حاملاً ، ثم وطئها ، أو حائلاً ثم أحبلها ، ففي دخول الأخرى في الحمل وجهان . أصحهما : الدخول كالجنس . فعلى هذا ، تنقضيان بالوضع ، وله الرجعة في الطلاق الرجعي إلى أن تضع إن كانت عدة الطلاق بالحمل ، وكذا إن كانت بالأقراء على الأصح . وقيل : لا رجعة بناءً على أن عدة الطلاق سقطت ، وهي الآن معتدة للوطء . وإن قلنا : لا يتداخلان ، فإن كان الحمل لعدة الطلاق ، اعتدت بعد وضعه بثلاثة أقراء ، ولا رجعة إلا في مدة الحمل ، وإن كان الحمل لعدة الوطء ، أتمت بعد وضعه بقية عدة الطلاق ، وله الرجعة في تلك البقية ، وله الرجعة قبل الوضع أيضاً على الأصح ، وله تجديد نكاحها قبل الوضع وبعده إذا لم يكن الطلاق رجعياً . فإن لم يعلم هذا الحمل من عدة الطلاق ، أم حدث بالوطء ، قال المتولي : يلزمها الاعتداد بثلاثة أقراء كاملة بعد الوضع ، لجواز أن تكون عدة [illegible] بالوضع . وحب[illegible] [illegible]عة ، فلو مات أحدهما ، ورثه الآخر ، ولو طل[illegible] الطلاق ، [illegible] ولو مات الزوج ، انتقلت إلى عد[illegible] وحيث قلنا : لا تثبت الرجعة ، لا يثبت شيء من هذه الأحكام .

---

(١) والظاهر أن القائل وقياسه هو العبادي لا الحليمي ، ونقل ابن الرفعة في الكفاية هذا القول عن الرافعي وليس كما قال ونازع في دعوى الاجماع بأن الرافعي حكى فيما إذا أوجب عليها عدتان لشخص ، وقلنا يكتفى بعدة واحدة وإن بقية العدة أولى يسقط أنه لا رجعة له وكذا يأتي مثله فيما إذا حملت من وطئه في العدة فكيف يحسن ادعاء الاجماع بعدم جريانه . انتهى .

فرع : جميع ما ذكرناه ، فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل ، أو تراه وقلنا : ليس هو بحيض . فأما إن جعلناه حيضاً ، فهل تنقضي مع الحمل العدة الأخرى بالأقراء ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي حسين[١] . فعلى هذا ، لو كان الحمل حادثاً من الوطء ، فمضت الأقراء قبل الوضع ، فقد انقضت عدة الطلاق ، وليس للزوج الرجعة بعد ذلك ، وإن وضعت الحمل قبل تمام الأقراء ، فقد انقضت عدة الوطء ، وعليها بقية عدة الطلاق ، وللزوج الرجعة قبل الوضع وبعده إلى تمام الأقراء بلا خلاف[٢] . وإن كان الحمل لعدة الطلاق ، فله الرجعة إلى الوضع . فإذا وضعت ، أكملت لعدة الوطء ما بقي من الأقراء .

القسم الثاني : إذا كانت العدتان لشخصين ، بأن كانت معتدة لزيد عن طلاق أو وفاة أو شبهة ، أو نكحها جاهلاً ووطئها ، أو كانت المنكوحة معتدة عن وطء شبهة ، فطلقها زوجها ، فلا تداخل ، بل تعتد عن كل واحد عدة كاملة ، ثم قد لا يكون هناك حمل ، وقد يكون .

الحال الأول : أن لا يكون ، فإن سبق الطلاق وطء الشبهة ، أتمت عدة الطلاق ، لتقدمها وقوتها . فإذا أتمتها ، استأنفت عدة الشبهة ، ثم إن لم يكن من الثاني إلا وطء شبهة ، ابتدأت عدته عقب عدة الطلاق ، فإن نكح الثاني ووطىء ، فزمن كونها فراشاً له لا يحسب عن واحدة من العدتين . وبماذا تنقطع عدة الطلاق ؟ فيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . ومتى تعود إليها ؟ وجهان ، أحدهما : من آخر

---

(١) قال في الخادم : يوهم أن ذلك على الوجهين سواء قلنا بالتداخل أم لا ، وقد فهمه بعض شراح الحاوي كذلك فصرح به واستثناه من القول بالتداخل والصواب أن هذا كله من تفريعات القول بمنع التداخل ، وقد صرح الأصحاب بذلك البغوي في التهذيب والماوردي في الحاوي والمتولي في التتمة والشيخ في المهذب وصاحب البيان وغيرهم من الطريقين ، وسياق الرافعي برشد إليه فإنه قال وإن قلنا لا تتداخلان إلى أن قال وفي الفصل بعد هذا مسائل فذكرها فدل على أن من هناك إلى آخر الفصل من تفاريع المنع إلى آخر ما ذكره وما ذكره هو الذي قال الشيخ البلقيني أنه أظهر احتمالين ذكرهما .

(٢) قال في الخادم : حكى الشيخ في المهذب الوجهين فيه قبل الوضع ، وقال في الذخائر له الرجعة في الاقراء الآتية بعد الوضع وهل له الرجعة في مدة الحمل إلى حين الوضع ، حكى أصحابنا العراقيون وجهين إلى آخر ما نقله عنه .

وطء وقع في النكاح الثاني ، حكي عن القفال الشاشي . والثاني وهو الصحيح : من حين التفريق بينهما ، وللزوج الرجعة في عدته ، فإذا راجعها ، شرعت في عدة وطء الشبهة ، وليس للزوج الاستمتاع بها إلى أن تنقضي[١] .

وهل له تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائناً ؟ وجهان ، أصحهما عند الأكثرين : نعم[٢] . ولو وطئت منكوحة بشبهة ، ثم طلقت وهي في عدة الشبهة ، فوجهان . أحدهما : تتم عدة الشبهة ، ثم تبتدىء عدة الطلاق مراعاة للسابق ، وأصحهما عند الأكثرين : تقدَّم عدة الطلاق ، لقوتها . فإن قدمنا عدة الشبهة ، فله الرجعة إذا اشتغلت بعد الطلاق . وهل له الرجعة قبل ذلك ؟ وجهان ، ولا يجوز تجديد نكاحها في عدة الشبهة إذا كان الطلاق بائناً ، لأنها في عدة الغير . وإذا قلنا : تقدم عدة الطلاق ، شرعت فيها بنفس الطلاق ، فإذا تمت ، عادت إلى بقية عدة الشبهة ، وللزوج الرجعة إن كان الطلاق رجعياً .

وهل له تجديد النكاح إن كان بائناً ؟ فيه الوجهان السابقان . ولو طرأ وطء شبهة في عدة وطء شبهة ، أتمت عدة الواطىء الأول بلا خلاف . ولو نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ووطئها غيره بشبهة ، ثم فرق بينهما لظهور فساد النكاح ، قال البغوي : تقدم عدة الواطىء بشبهة بلا خلاف ، لأن عدته من وقت الوطء ، وعدة الناكح من التفريق ، ومعناه : أن عدة الواطىء سبق وجوبها ، وليس للفاسد قوة الصحيح ليترجح بها ، وقد تكون إحدى العدتين بالأقراء ، والأخرى بالأشهر ، بأن طلقها فمضى قرءان ، ثم نكحت فاسداً ودام فراشه حتى أيست ، ثم فرق بينهما ، فتكمل عدة الأول بشهر ، بدلاً عن القرء الباقي ، ثم تعتد للفاسد بثلاثة أشهر .

الحال الثاني : أن يكون هناك حمل ، فيقدم عدة من الحمل منه سابقاً كان أو متأخراً ، فإن كان الحمل للمطلَّق ، ثم وطئت بشبهة ، فإذا وضعت انقضت عدة الطلاق ، ثم تعتد بالأقراء للشبهة بعد طهرها من النفاس ، وللزوج رجعتها قبل

---

(١) كذا قطع به ، وهو ظاهر في الوطء ، وكذا في غيره من مقدماته إلا أنه حكى في باب الكفارة وجهاً في حل الاستمتاع بغير الوطء في زوجته المعتدة عن شبهة الغير وقياسه هنا الجواز .

(٢) ولم يصرح الرافعي بتصحيحه ولا بعزوه للأكثرين بل حكى التجديد عن القفال والبغوي والروياني وعدمه عن الشيخ أبي حامد .

الوضع . قال الروياني : لكن لا يراجعها في مدة اجتماع الواطىء بها ، لأنها حينئذ خارجة عن عدة الأول ، وفراش لغيره ، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة[1] . وهل له تجديد نكاحها قبل الوضع إن كان الطلاق بائناً ؟ فيه الوجهان السابقان ، ويجريان فيما لو وطىء امرأة بشبهة وأحبلها ، ثم وطئها آخر ، هل للأول أن ينكحها قبل الوضع ، وليس له أن ينكحها في عدة الثاني بحال ، وللثاني أن ينكحها في عدة نفسه ؟ .

وإن كان الحمل من وطء الشبهة ، فإذا وضعت ، انقضت عدة الوطء وعادت إلى بقية عدة الطلاق ، وللزوج الرجعة في تلك البقية ، إن كان طلاقه رجعياً ، سواء في ذلك مدة النفاس وغيرها ، لأنها من جملة العدة ، كالحيض الذي يقع فيه الطلاق . وقيل : لا رجعة في مدة النفاس ، والصحيح الأول . وإذا ثبتت الرجعة ، فلو طلق ، لحقها الطلاق ، ولو مات أحدهما ، ورثه الآخر وانتقلت إلى عدة الوفاة بوفاة الزوج ، وهل له الرجعة قبل الوضع إن كان الطلاق رجعياً ، أو تجديد النكاح إن كان بائناً ؟ وجهان . أصحهما عند الشيخ أبي حامد : نعم ، لأنه لم تنقض عدته ، وكما في العدتين المختلفتين من شخص . وأصحهما عند الماوردي والبغوي : لا ، لأنها في عدة غيره . ثم قال البغوي : لو طلقها قبل الوضع ، لحقها الطلاق ولو مات أحدهما ، ورثه الآخر ، فإن مات الزوج ، انتقلت إلى عدة الوفاة ، حتى إذا وضعت ، تعتدُّ عن الزوج عدة الوفاة وإن كان لا تصح رجعته ، لأنا نجعل زمان الرجعة كزمان صلب النكاح ، هذا لفظه . وإذا راجعها وهي حامل من الأجنبي ، وجوزناه ، فليس له الوطء حتى تضع ، كما إذا وطئت منكوحة بشبهة ، فاشتغلت بالعدة ، وإن كانت حاملاً منه ، وفي ذمتها عدة الشبهة ، فراجعها ، انقضت عدته في الحال ، وبقيت عدة الشبهة مؤخرة حتى تضع وتعود إلى أقرائها . وهل له وطؤها في الحال ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، لأنها زوجة ليست في عدة . والثاني : لا ، لأنها متعرضة للعدة ، ومال المتولي إلى ترجيح هذا ، ورجح بعضهم الأول .

(١) قال الشيخ البلقيني ما قاله الروياني متعقب لأنه إذا كان الاعتداد بالحمل فكيف يتصور الخروج من عدته ، ولو سلمنا الخروج من العدة لم يكن زائداً على ما إذا كانت العدة بالحمل من وطء الشبهة وذلك لا يمنع الرجعة عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه وهو الأقرب . انتهى .
والروياني تبع الماوردي في ذلك .

قلت : الراجح الجواز . والله أعلم .

ويجري الوجهان فيما لو وطئت المنكوحة في صلب النكاح بشبهة وهي حامل من الزوج . ولو كانت ترى الدم على الحمل ، وجعلناه حيضاً ، فعن القاضي حسين : أن العدة الأخرى تنقضي بالأقراء ، كالعدتين من شخص ، وهذا ضعيف ، وضعفه الإمام والغزالي ، لأن فيه مصيراً إلى تداخل عدتي شخصين[1] .

وجميع ما ذكرنا ، فيما إذا علم أن الولد من هذا أو ذاك ، لانحصار الإمكان فيه ، فلو لم يمكن كونه من واحد منهما ، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول وهو بائن أو رجعي على قول ، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني ، فالولد منفي عنهما ، ولا تنقضي بوضعه عدة واحد منهما على الأصح ، بل إذا وضعته تممت عدة الأول ، ثم استأنفت عدة الثاني . وقيل : تعتد بوضعه من أحدهما لا بعينه ، لإمكان كونه من أحدهما بوطء شبهة ، ثم تعتد عن الآخر بثلاثة أقراء .

فرع : ويتفرع على الوجهين فرعان . أحدهما : لو كانت ترى الدم والحالة هذه وجعلناه حيضاً ، قال الروياني : إن قلنا : تنقضي عدة أحدهما بالوضع ، لم تعتد بأقرائها ، لئلا تتداخل عدة شخصين ، وإلا ففي الاحتساب بأقرائها وجهان : أصحهما : الاحتساب ، لأنها إذا لم تعتد بالحمل ، كانت كالحائل ، وبهذا قطع صاحب « الشامل » .

الثاني : إن قلنا تنقضي بالوضع عدة أحدهما ، لم تصح رجعة الزوج في مدة الحمل ولا في الأقراء بعد الوضع ، للشك في أن عدته هذه أم هذه ؟ فلو راجع مرة في الحمل ، ومرة في الأقراء ، ففي صحة الرجعة وجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى[2] . وإن قلنا : لا تنقضي ، أتمت بعد الوضع عدة الأول وهو الزوج ، وله الرجعة فيه . وهل له الرجعة قبله في مدة الحمل ؟ فيه الوجهان السابقان .

---

(١) فيه أمران :
أحدهما : الراجح أنها لا تعتد بذلك وبه جزم الماوردي وغيره .
الثاني : أن ما قاله الإمام في الاستضعاف منعه صاحب المطلب لأنه ليس بتداخل ألا ترى أنه لو بقي بعد الاقراء بعد الوضع لاعنه وكيف يعقل التداخل في زمن العدتين لا في نفس العدتين .

(١) وقد رجح بعد ذلك الصحة وما جزم به من عدم صحة الرجعة في مدة الحمل والاقراء قد نوزع فيه ، فإن الحال دائر بين أن تكون الرجعة في عدته في الحال في عدة المنتظرة فما المانع من الصحة .

فرع : إذا احتمل كون الولد من الزوج ، ومن الواطىء بالشبهة ، عُرض بعد الوضع على القائف ، فإن ألحقه بالزوج أو بالواطىء ، فحكمه ما ذكرنا فيما إذا اختص الاحتمال به ، فإن لم يكن قائف أو أشكل عليه ، أو ألحقه بهما ، أو نفاه عنهما ، أو مات الولد وتعذر عرضه ، انقضت عدة أحدهما بوضعه ، لأنه من أحدهما ، ثم تعتد بعد الوضع للآخر بثلاثة أقراء . قال الروياني : وقول الشافعي رحمه الله تعالى : فإن لم يكن قائف ، ليس المراد به أن لا يوجد في الدنيا ، بل المراد أن لا يوجد في موضع الولد وما يقرب منه ، وهو المسافة التي تقطع في أقل من يوم وليلة[1] . وسواء في وجوب العرض على القائف ، ادعياه جميعاً ، أو ادعاه أحدهما فقط . وقيل : إذا ادعاه أحدهما فقط ، اختص به ، كالأموال ، والصحيح الأول ، لحق الولد وحق الشرع في النسب . قال المتولي : إن كان الطلاق بائناً ، عرض على القائف كما ذكرنا . وإن كان رجعياً ، بني على أن الرجعة هل هي فراش ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، عرض أيضاً ، وإن قلنا : فراش ، وأن السنين الأربع في حقها تعتبر من انقضاء العدة ، فالولد ملحق بالزوج ولا يعرض على القائف .

ثم في هذا الفرع مسألتان .

إحداهما : إذا رجع الزوج في مدة الحمل ، بني على ما إذا تأخرت عدة الزوج لإحبال الواطىء ، هل له الرجعة في مدة الحمل ؟ إن قلنا : نعم ، صحت رجعته ، وهو الأصح ، وإلا فلا . فلو بان بعد الوضع أن الحمل منه بإلحاق القائف ، فهل يحكم الآن بأن الرجعة وقعت صحيحة ؟ وجهان . أصحهما : نعم . ولو راجع بعد الوضع ، لم يحكم بصحة الرجعة أيضاً ، لاحتمال كون الحمل منه ، وأن عدته انقضت بوضعه . فلو بان بإلحاق القائف أن الحمل من وطء الشبهة ، ففي الحكم الآن بصحة الرجعة الوجهان ، هذا إذا راجع في القدر المتيقن بعد الوضع أنه من الأقراء دون ما أوجبناه احتياطاً .

بيانه : وطئها الأجنبي بعد مضيء قرء من وقت الطلاق ، فالقدر الذي يتيقن لزومه بعد الوضع قرءان ، وإنما نوجب القرء الثالث احتياطاً ، لاحتمال كون الحمل من الزوج . ولو راجع مرتين ، مرة قبل الوضع ، ومرة بعده في القرءين ، ففي صحة

---

(١) وقاله الماوردي أيضاً لكن الفوراني اشترط أن لا يوجد في الدنيا والأول أقرب .

رجعته وجهان . أصحهما : الصحة ، وبه قال القفال ، لوجود رجعة في عدته يقيناً ، والثاني : المنع ، للتردد . ولو جدد النكاح ، إذا كان الطلاق بائناً ، نظر ، إن نكحها مرة واحدة قبل الوضع أو بعده ، لم يحكم بصحته ، لاحتمال كونه في عدة الشبهة . فإن بان بعد ذلك كون العدة كانت منه بإلحاق القائف ، قال المتولي : فهو على الخلاف في الرجعة . قال : وليس هو من وقف العقود ، وإنما هو وقف على ظهور أمر كان عند العقد .

وإن نكحها مرتين قبل الوضع وبعده ، ففي صحته وجهان ، كالرجعة . قال الإمام : الأصح هنا المنع ، لأن الرجعة تحتمل ما لا يحتمله النكاح ، ولهذا تصح في الإحرام ، والوجهان مفرعان على صحة تجديد الزوج في عدته ، مع أن في ذمتها عدة شبهة ، وإلا فلا يصح قطعاً ، لاحتمال تأخر عدة الشبهة ، فلا تصح المرة الأولى للعدة التي في ذمتها ، ولا الثانية ، لكونها في عدة شبهة . فلو نكحها الواطىء بشبهة قبل الوضع أو بعده في القرءين ، لم يصح ، لاحتمال كونها في عدة الزوج . ولو نكحها بعد الوضع في القرءين ، ثم بان بالقائف أن الحمل من الزوج ، ففي تبين الصحة الخلاف السابق . ولو نكحها في القرء الثالث ، صح قطعاً ، لأنها في عدته إن كان الحمل من الزوج ، وإلا فغير معتدة .

المسألة الثانية : سنذكر إن شاء الله تعالى أن الرجعية تستحق النفقة في العدة ، وأن البائن لا تستحقها إلا إذا كانت حاملاً ، ونذكر قولين في أن تلك النفقة للحمل ، أم للحامل ؟ وقولين في أن تلك النفقة تصرف إليها يوماً بيوم ، أم يصرف الجميع إليها عند الوضع ؟ وأن المعتدة عن وطء شبهة لا نفقة لها على الواطىء إذا قلنا : النفقة للحامل .

إذا عرفت هذه الجمل ، فإن قلنا : النفقة للحامل وهو الأظهر ، لم تطالب المرأة الزوج ، ولا الواطىء بالنفقة مدة الحمل المحتمل . فإذا وضعت ، نظر ، إن ألحقه القائف بالزوج ، طالبته بنفقة مدة الحمل الماضية ، وهذا إذا لم تصر فراشاً للثاني ، بأن لم يوجد إلا وطء شبهة ، وينبغي أن يستثنى زمن اجتماعها بالثاني ، فإن صارت فراشاً له ، بأن نكحها جاهلاً وبقيت في فراشه حتى وضعت ، فلا نفقة لها على الزوج ، لكونها ناشزة بالنكاح ، فإن فرق الحاكم بينهما قبل الوضع ، طالبته

بالنفقة من يوم التفريق إلى الوضع ، ثم لا نفقة لها على الواطىء في عدتها عنه بالأقراء . وإن ألحقه القائف بالواطىء ، لم يلزم واحداً منهما نفقة مدة الحمل ، ويلزم الزوج نفقة مدة القرءين بعد الوضع إذا كان الطلاق رجعياً ، ويلزمه أيضاً نفقة مدة النفاس على الأصح ، كما أن له الرجعة فيها ، ولا يمنع ذلك كونه لا يحسب من العدة كمدة الحيض ، وإن لم نلحقه بواحد منهما ، أو لم يكن قائف ، فلا نفقة على الواطىء ، ولا على الزوج وإن كان الطلاق بائناً ، لأنا لا نعلم حال الحمل ، ولا نفقة إذا لم يكن حمل . وإن كان رجعياً ، فلا نفقة لمدة كونها فراشاً ، ولها عليه الأقل من نفقتها من يوم التفريق إلى الوضع ، ونفقتها في القدر الذي تكمل به عدة الطلاق بعد الوضع وهو قرءان في المثال السابق. هذا إذا قلنا: النفقة للحامل، فإن قلنا: إنها للحمل ، فعلى أحدهما نفقة مدة الحمل بيقين ، فإذا أشكل الحال ، أنفقا عليه بالسوية ، فإن قلنا : نصرف الجميع إليها بعد الوضع ، أخذت من كل واحد منهما نصف نفقتها ، هكذا رتب ابن الصباغ والروياني في « جمع الجوامع » ، وهو المذهب . ومنهم من أطلق أنها لا تطالب واحداً منهما في مدة الحَمل ، ولم يفرق هؤلاء بين قولنا : النفقة للحمل أو للحامل ، فعلى هذا ، إذا وضعت فألحقه القائف بالواطىء ، قال الإمام والغزالي : لا تطالب بالنفقة الماضية ، بناء على أن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان ، والذي ذكره البغوي وجماعة ، أنه يطالب بتلك النفقة ، وقالوا : هذه النفقة تصير ديناً في الذمة وليست كنفقة الأقارب . قال الإمام : ولم يقل أحد من الأصحاب ، أنه إذا ألحقه القائف بالزوج ، لا يطالب بالنفقة الماضية ، تفريعاً على أنها للحمل ، وأنها تسقط بمضي الزمان ، قال : والقياس يقتضي المصير إليه[1] . أما نفقة الولد بعد الوضع وحضانته ، فعلى ما ألحقه القائف به منهما ، فإن لم يكن قائف ، أو أشكل عليه ، فهي عليهما مناصفة إلى أن يوجد القائف ، أو يبلغ الصبي ، فينتسب إلى أحدهما . وقيل : لا يطالبان بالنفقة في مدة الاشكال ، وهو ضعيف . ثم إذا أنفقا عليه ، ثم لحق الولد بأحدهما بإلحاق

(١) لم يفصح بترجيح والصحيح ما أورده البغوي وهو الذي أورده جمهور العراقيين كالماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم .
وقال الرافعي في كلامه على رقوم الوجيز أنه الأقرب ، وقال في الشرح الصغير أنه الأشبه قال : ويؤيده طرق الالحاق بالزوج .

القائف ، أو بانتسابه ، رجع الآخر عليه بما أنفق بشرطين ، أحدهما : أن يكون الإنفاق بإذن الحاكم ، وإلا فهو متبرع . والثاني : أن لا يكون مدعياً للولد ، فإن كان يدعيه ، فلا رجوع لأنه أنفق على ولده بزعمه .

ولو مات الولد في زمن الإشكال ، فكفنه عليهما ، وللأم ثلث ماله ، ويوقف الباقي بين الزوج والواطىء حتى يصطلحا . فإن كان لها ولدان آخران ، أو كان لكل واحد من الزوج والواطىء ولدان ، فلها السدس . فإن كان لأحدهما ولدان دون الآخر ، فهل لها الثلث للشك في كونهما أخوين للميت ، أم السدس لأنه اليقين ؟ وجهان .

قلت : الأصح أو الصحيح أنه السدس . والله أعلم .

ولو أوصى إنسان لهذا الحمل بشيء ، فانفصل حياً ، ثم مات ، فإن مات بعد قبول الزوج والواطىء الوصية ، فالوصية مستقرة ، لأن أحدهما أبوه ، والمال لورثته كما ذكرنا ، وإن مات قبل أن يقبلا ، فحق القبول للورثة .

ولو سمى الموصي أحدهما ، فقال : أوصيت لحمل فلان هذا ، فإن ألحقه القائف بغير المسمى ، بطلت الوصية[1] ، وإن ألحقه به ، صحت ، وإن نفاه باللعان ، ففي بطلانها وجهان .

فرع : ما ذكرناه من كون العدتين من شخصين ، لا يتداخلان إذا كان في شخصين محترمين . فأما إذا طلق حربي زوجته ، فوطئها في عدته حربي آخر بشبهة ، أو نكحها ووطئها ، ثم أسلمت مع الثاني ، أو دخلا بأمان ، وترافعا إلينا ، فحكي عن النص أنه لا يجمع عليها عدتان ، بل يكفيها واحدة من يوم وطئها الثاني . وللأصحاب طرق . أحدها : الاكتفاء بعده عملاً بهذا النص ، لأن حقوقهم ضعيفة ، وماؤهم غير محترم ، فيراعى أصل العدة ، ويجعل جميعهم كشخص . والثاني : القطع بأنه لا بد من عدتين كالمسلمين . ورد هذا النص . والثالث : على قولين .

(١) قال في المهمات : وكان ينبغي تخريجها على الاشارة . والعبارة فإن غلبنا العبارة بطلت أو الاشارة فيصح . انتهى .
وهذا التخريج مردود لأن الاشارة مع النسبة المذكورة المحتملة فإذا ظهر خلافها بطلت الوصية قطعاً وليس هذا كما في البيع والأيمان وغيرها لوضوح الفرق .

ونقل السرخسي والروياني ، أن بعضهم خرج من هذا النص ، فيما إذا كانت العدتان لمسلمين ، وجعل الصورتين على قولين نقلاً وتخريجاً ، وهذا غريب ضعيف جداً[1] . فإذا قلنا في الكافرين : يكفي عدة ، فهل نقول : هي للوطء الثاني فقط وتسقط بقية عدة الأول لضعف حقوق الحربي وبطلانها بالاستيلاء عليه ، أو على زوجته ، أم نقول : تدخل بقية العدة الأولى في الثانية ؟ وجهان .

قلت : أرجحهما الأول . والله أعلم .

قال المتولي : ولو أسلمت المرأة ، ولم يسلم الثاني ، وجب أن تكمل العدة الأولى ، ثم تعتد عن الثاني قطعاً ، لأن العدة الثانية ليست هنا أقوى حتى تسقط بقية الأولى أو تدخل فيها . قال : ولو كان الأول طلقها رجعية ، وأسلمت مع الثاني ، ثم أسلم الأول ، فله الرجعة في بقية عدته ، إن قلنا بدخولها في العدة الثانية . وإن قلنا بسقوطها ، فلا . قال : ولو أراد الثاني أن ينكحها ، فله ذلك إن قلنا : بسقوط بقية العدة الأولى ، لأنها في عدته فقط ، وإن قلنا بدخولها في الثانية ، فلا حتى تنقضي تلك البقية ، قال : ولو كانت حاملاً من الأول ، لم تكفها عدة واحدة ، بل تستأنف بعد الوضع عدة الثاني . وإن أحبلها الثاني ، فإن قلنا : تسقط بقية الأولى ، فكذا هنا ، ويكفيها وضع الحمل . وإن قلنا بالتداخل ، عادت بعد الوضع إلى بقية العدة الأولى ، لأن الحمل ليس من الأول ، فلا تنقضي به عدته[2] . ولو طلق حربي

---

(١) فيه أمور :

أحدها : أن هذا النص موجود في المختصر والأم ولفظه فإن أصابها في العدة أكملت العدة منه يدخل فيها العدة من الذي قبله . وقال القاضي الحسين : قال في رواية الربيع في عيون المسائل عليها عدة واحدة وسقطت بقية عدتها .

الثاني : لم يرجحا ـ أي الرافعي والمصنف ـ ومقتضى كلام الجمهور الجري على النص وهو الذي أورده القاضي الحسين وقال القاضي أبو الطيب إنه المشهور من المذهب .

الثالث : مقتضى توجيهه الاتخاذ أن الذميين بخلاف ذلك ونحوه توجه القاضي الحسين بأن حقوق الحربي وأملاكه معترضة للابطال ويزاحم في حقوقه حتى في حقيقة النكاح فإن نكاحه ينفسخ بالاستيلاء على زوجته ومهرها .

(٢) قال في المطلب : ظاهر كلام الأصحاب أنه لا فرق في التداخل أو السقوط بين أن تكون عدة الثاني بالحمل أو بالاقرار .

زوجته ، فوطئها في العدة حربي بنكاح وطلقها حربي ، فيها الخلاف ، وفيه صوَّر الإمام المسألة .

فصل : طلق زوجته وهجرها ، أو غاب عنها ، انقضت عدتها بمضي الأقراء أو الأشهر . فلو لم يهجرها ، بل كان يطؤها ، فإن كان الطلاق بائناً ، لم يمنع ذلك انقضاء العدة ، لأنه وطء زنا لا حرمة له ، وإن كان رجعياً ، قال المتولي : لا تشرع في العدة ما دام يطؤها ، لأن العدة لبراءة الرحم وهي مشغولة .

وإن كان لا يطؤها ، ولكن يخالطها ويعاشرها معاشرة الأزواج ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا تحسب تلك المدة من العدة ، لأنها شبيهة بالزوجات دون المطلقات المهجورات . والثاني : تحسب ، لأن هذه المخالطة لا توجب عدة ، فلا تمنعها ، حكاه الغزالي عن المحققين . والثالث وهو الأصح ، وبه أخذ الأئمة ، منهم القفال والقاضي حسين ، والبغوي في « التهذيب » و« الفتاوى » ، والروياني في « الحلية » : إن كان الطلاق بائناً ، حسبت مدة المعاشرة من العدة . وإن كان رجعياً ، فلا ، لأن مخالطة البائن محرمة بلا شبهة ، فأشبهت الزنا بها . وفي الرجعية الشبهة قائمة ، وهو بالمخالطة مستفرش لها ، فلا يحسب زمن الاستفراش من العدة ، كما لو نكحت في العدة زوجاً جاهلاً بالحال ، لا يحسب زمن استفراشه . ثم يتعلق بالمسألة فرعان . أحدهما : قال البغوي في « الفتاوى » : الذي عندي ، أنه لا رجعة للزوج بعد انقضاء الأقراء ، وإن لم تنقض العدة عملاً بالاحتياط في الجانبين . وفي فتاوى القفال ما يوافق هذا[1] ، وأما لحوق الطلقة الثانية والثالثة ، فيستمر إلى

---

(١) قال الأذرعي : المعروف المنقول أنه له الرجعة ما بقيت المعاشرة لبقاء العدة كما يلحقها الطلاق ولو داما سواء انقضت الاقراء أو الأشهر في دوام المعاشرة أم لا ، هذا ما اقتضاه كلام الأئمة تصريحاً وتلويحاً ، وسبق عن تعليق البغوي التصريح بأنه يصح الرجعة وإن مضت على ذلك سنون كثيرة ، هذا هو المذهب هذا لفظه كما سبق ووقع في المحرر ، قالوا : وليس له الرجعة إلا في الاقراء أو الأشهر وإن لم يحكم بانقضاء العدة وأخذ هذا من تصريحه في شرحه الصغير فيقل ذلك عن الأئمة وأصل هذا أنه حكى في شرحه الكبير أن البغوي قال في فتاويه الذي عندي أنه لا رجعة للزوج بعد انقضاء الاقراء أو الأشهر ولا تنقضي العدة بسبب المعاشرة أخذاً بالاحتياط في الجانبين كما لو وطيء الرجعية بعد مضي قرء ومن وقت الطلاق عليها أن تعتد بثلاثة أقراء من وقت الوطء ، ولا تجوز الرجعة في القرء والثالث منها قال الرافعي وفي فتاوى القفال ما يوافق ذلك ، وتبعه في الروضة ونسب ابن الرفعة ذلك

انقضاء العدة عملاً بالاحتياط أيضاً ، وقد صرح به الروياني في « الحلية » . الثاني : قال في « البسيط » : يكفي في الحكم بالمعاشرة الخلوة ، ولا يكفي دخول دار هي فيها ، ولا يشترط تواصل الخلوة ، بل يكفي أن يخلو بها الليالي ، ويفارقها الأيام كما هو المعتاد بين الزوجين . فلو طالبت المفارقة ، ثم جرت خلوة ، ففي البناء على ما مضى احتمالان . أشبههما : البناء ، وأجري الخلاف المذكور في الأصل فيما لو

إلى البغوي والقفال وحلية الروياني وهو ملحص لذلك من كلام الرافعي إذا عرفت هذا فاعلم أن الذي في فتاوى البغوي لفظه إذا كان يعاشر زوجته معاشرة الأزواج ، قال أصحابنا لا يحكم بانقضاء العدة وإن مضت لها أقراء وله الرجعة ، قال : والذي عندي وذكر ما نقله الرافعي عنه كذا رأيته فيما لا أحصي من النسخ بالفتاوى في أزمان متفرقة وكذا سبق عن تعليقه أن المذهب أنه له الرجعة وأنه أبدأ من عند نفسه المنع فكأنه سقط على الرافعي نقل البغوي عن الأصحاب أن له الرجعة وزاغ بصره عنه وإلا لذكره وقد صرح شيخه القاضي الحسين بثبوت الرجعة في فتاويه والصبغي في شرح مختصر الجويني قال وإن مضى على المخالطة سنون وهو قضية إطلاق كلام الأصحاب السابق قريباً وما أبداه البغوي عن نفسه مع مخالفته لكلام الأصحاب ضعيف وليس كما استشهد به ، وأما قول الرافعي أن في فتاوى القفال على أبواب الفقه ما يوافق ذلك وقفت على نسخ منها فلم أر ذلك فيها نعم صرح بأنه لا رجعة له بعد الاقراء إذا احتسبنا زمن المعاشرة من العدة ، وهذا واضح ومفهومه يوافق كلام الأصحاب وأجوز أن الالتباس حصل من هذا الكلام وأما حلية الروياني فالذي رأيته فيها وقوع الطلاق ولم يتعرض للرجعة أصلاً وبالجملة فالمذهب المنقول الجاري على القياس ثبوت الرجعة وأن القول بالمنع احتمال للبغوي وليس وجهاً منقولاً في المذهب ولم يصح نقله عن أحد يقدمه وقد اعترف أنه بخلاف قول الأصحاب ونقل صاحب الكافي تلميذه عنه أنه رجح في تعليقه انقضاء العدة وأضرب عما ذكره من اختياره منع المراجعة فلم يرد ذكره وقد صار فقهاء العصر وقضاته لا يعرفون غيره ولا يفتون ولا يحكمون إلا به ولم يتنبه ابن الرفعة في كتابته لذلك مع كثرة اطلاعه فاعتد ما حققته لك ترشداً . انتهى . وهو في غاية التحقيق وجرى على ذلك في الخادم ولم يرد الشيخ البلقيني على قوله في فتاوى القاضي إن الرجعة جائزة وإن مضت الاقراء وهو قياس إيقاع الطلاق .

وقال الشيخ البلقيني أيضاً هل له أن يتزوج أختها أو أربعاً سواها في الزمان الذي ليس له أن يراجعها فيه وهل تجب عليه النفقة والكسوة وهل يلحقه الولد الذي أتت به بعد أربع سنين تفريعاً على أضعف القولين في أن السنين الأربع تحسب في الرجعة من وقت انصرام العدة لم أقف على نقل في ذلك والأحوط أنه لا يتزوج أختها ولا أربعاً سواها لتعديه بالمخالطة التي منعت انقضاء العدة ، وأما النفقة والكسوة فلا تجب لانها بائن بالنسبة إلى أنه لا تجوز رجعتها ، وأما الولد فلا يلحق لطول المدة مع تكرر الاقراء ظاهراً ، وأما المنزل فلا أثبته لعدم الرجعة ، ولو مات عنها لم ينتقل لعدة الوفاة بل تعتد عدة الطلاق . انتهى .

وهذا الذي قاله الشيخ مفرع على عدم ثبوت الرجعة وأن العدة انقضت بالنسبة إليها وقد علمت ما نقله الأذرعي وحققه وأن المذهب ما قاله الأذرعي .

طلق زوجته الأمة فعاشرها السيد ، هل تمنع من الاحتساب بالعدة ؟ قال البغوي في الفتاوى : ولو طلق زوجته ثلاثاً ونكحها في العدة على ظن أن عدتها انقضت وحلت ، فينبغي أن يقال : زمن استفراشها لا يحسب من العدة كالرجعية ، وأما إذا خالط المعتدة أجنبي عالماً ، فلا يؤثر ، كما لا يؤثر وطؤه . وإن خالط بشبهة ، فيجوز أن يمنع من الاحتساب ، كما سبق أنها في زمن الوطء بالشبهة خارجة عن العدة .

وجميع ما ذكرناه ، فيما إذا كانت حائلاً ، فأما المعتدة بالحمل ، فلا شك أن معاشرتها لا تمنع انقضاء العدة بالوضع .

فرع : سبق أنه إذا نكح معتدة على ظن الصحة ، ووطئها ، لم يحسب زمن استفراشه إياها عن عدة الطلاق . ومن أي وقت يحكم بانقضاء العدة ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : من وقت الوطء ، لأن النكاح الفاسد لا حرمة له . والثاني : من حين يخلو بها ويعاشرها ، وإن لم يطأ . والثالث : من وقت العقد إن اتصل به زفاف ، وإلا فلا . والرابع : من وقت العقد وإن لم يتصل به زفاف ، وبه قال القفال الشاشي ، لأنها بالعقد معرضة عن العدة[1] .

فرع : من نكح معتدة من غيره جاهلاً ووطئها ، لم تحرم عليه على التأبيد ، هذا هو المذهب ونصه في الجديد . وعن القديم : أنها تحرم أبداً ، ومنهم من أنكر القديم . وذكر الذين أثبتوه وجهين في أن التحريم المؤبد يشترط فيه تفريط الحاكم كاللعان ، أم لا ، كالارضاع ؟ ونقل الروياني إجراء القديم في كل وطء يفسد النسب ، كوطء زوجة الغير ، أو أمته بالشبهة .

فرع : طلق رجعياً ثم راجعها ، انقضت العدة ، فإن طلقها بعده ، فلها حالان . أحدهما : أن تكون حائلاً ، فإن وطئها بعد الرجعة ، لزمها استئناف العدة ، وإلا لزمها الاستئناف أيضاً على الجديد الأظهر . وفي القديم : تبني على العدة

---

(١) فيه أمور :

أحدها : أن الرافعي إنما حكى الخلاف ثلاثة لا أربعة .

الثاني : ما قاله هنا مخالف ما ولاه فيمن اندرس خبر زوجها فإنه قال إن قلنا بالجديد فالنفقة على المفقود لأنها زوجته ويستمر ذلك إلى حين تنكح ويسقط حينئذ لأنها ناشرة بالنكاح .

السابقة[١] . فعلى هذا ، لو راجعها في خلال الطهر ، فهل يحسب ما مضى من الطهر قرءاً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأن بعض القرء كالقرء . فعلى هذا إذا كانت الرجعة في خلال الطهر الثالث ، ثم طلقها ، فلا شيء عليها على قول البناء ، لتمام الأقراء بما مضى ، وأصحهما : لا ، بل عليها في هذه الصورة قرء ثالث ، وإنما يجعل بعض الطهر من آخره قرءاً لاتصاله بالحيض ، ودلالته على البراءة ، بخلاف بعض الأول .

الحال الثاني : أن تكون حاملاً ، فإن طلقها ثانية قبل الولادة ، انقضت عدتها بالولادة ، وطئها أم لا . وإن ولدت ثم طلقها ، فإن وطئها قبل الولادة أو بعدها ، لزمها استئناف العدة بالأقراء ، وإن لم يطأ ، استأنفت أيضاً على المذهب . وقيل : وجهان ، أصحهما : هذا[٢] ، والثاني : لا عدة عليها ، وتنقضي عدتها بالوضع ، هذا كله إذا طلقها ثم راجعها ثم طلقها . فلو طلقها ولم يراجعها ، ثم طلقها أخرى ، فالمذهب أنها تبني على العدة الأولى ، لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة ، فصار كما لو طلقها طلقتين معاً . وقال ابن خيران والإصطخري والقفال : في وجوب الاستئناف قولان ، كما في الحال الأول . ولو راجعها ثم خالعها ، فإن جعلنا الخلع طلاقاً ، فهو كما لو طلقها بعد الرجعة ، وإن جعلناه فسخاً ، فطريقان . أحدهما : أن وجوب الاستئناف على القولين . والثاني : القطع بالاستئناف ، لأن الفسخ ليس من جنس الطلاق ، فلا تبنى عدة أحدهما على الآخر ، وهذا الطريق أظهر عند الروياني ، ويجري الطريقان في سائر الفسوخ ، مثل أن ينكح عبد أمة ثم يطلقها رجعياً ، ثم تعتق هي ويفسخ النكاح .

---

(١) حكايته عن القديم تابع فيه بعضهم والصواب أنه من الجديد أيضاً . والقولان منصوصان في الأم في باب عدة المطلقة يملك الزوج رجعتها ونقلها بل جعل الجويني في مختصره أصحها البناء قال : وإذا لم يراجعها ولكن اتبعها إطلاقاً فهي بالبناء أولى .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : عبارة الرافعي وإن لم يمسها فإن قلنا بالجديد يستأنف فكذا هنا ، وإن قلنا هناك بالبناء فيتعذر بناء الإقرار على الحمل وفيه وجهان أظهرهما يستأنف بثلاثة أقراء ـ الخ . ويخرج من كلامه طريقة قاطعة بالاستئناف فلهذا صرح بها النووي ولم يصرح الرافعي بتصحيحها .

الثاني : أن كلاً من الوجهين على قول البناء ، وقد يستشكل ، أما الثاني فلأنه يقتضي أن يكون طلاق مدخول ولا عدة لأن الماضي في عدة الأول بعض مدة الحمل ، وقد يتبين أن هذا لا اعتبار به .

فرع : إذا طلق المدخول بها على عوض ، أو خالعها ، فله أن ينكحها في العدة ، ونقل في « المهذب » عن المزني : أنه لا يجوز ، كما لا يجوز لغيره ، وهذا غريب . فإذا نكحها ، فعن ابن سريج : أنه لا تنقطع عدتها ما لم يطأها ، كما لو تزوجها أجنبي في العدة جاهلاً ، والصحيح : أنها تنقطع بنفس النكاح ، لأن نكاحه صحيح ، وزوجته المباحة لا يجوز أن تكون معتدة منه ، فعلى هذا لو طلقها بعد التجديد ، نظر إن كانت حاملاً ، انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإن كانت حائلاً ولم يدخل بها ، بنت على العدة السابقة ، ولم يلزمه إلا نصف المهر ، لأن هذا النكاح جديد طلقها فيه قبل المسيس[1] ، فلا يتعلق به العدة ، ولا كمال المهر ، بخلاف ما سبق في الرجعية ، فإنها تعود بالرجعة إلى ذلك النكاح .

وإن دخل بها ، لزمها استئناف العدة ، وتدخل في العدة المستأنفة بقية العدة السابقة ، ولو مات عنها بعد التجديد ، فالمذهب وبه قطع البغوي وغيره : أنه يكفيها عدة الوفاة ، وتسقط بقية العدة السابقة ، كما لو مات عن رجعية . وذكر الغزالي في اندراج تلك البقية في عدة الوفاة وجهين لاختلاف الجنس[2] .

فصل في مسائل تتعلق بالباب : **إحداها** : نكح معتدة عن وفاة ، ووطئها جاهلاً ، فأتت بولد يمكن كونه من كل منهما ، ولا قائف ، انقضت بوضعه عدة أحدهما ، وعليها بعده أكثر الأمرين من بقية عدة الوفاة بالأشهر ، وثلاثة أقراء .

الثانية : وطىء الشريكان المشتركة ، لزمها استبراءان على الصحيح ، كما لا تتداخل العدتان ، وقيل : يكفي استبراء .

(١) كذا قطع به ويوافقه تصريح الماوردي والقاضي أبي الطيب والإمام أنه لا خلاف فيه لكن وقع في التنبيه حكاية طريقين : البناء وهو المعروف . والثاني : حكاية قولين . ثانيهما : الاستئناف ووهم فيه ، ولهذا لم يذكره في المهذب . وقال ابن أبي الدم وابن الرفعة : لم نره إلا في التنبيه وليس كما قالوا فقد صرح بحكايته أبو الفرج السرخسي في تعليقه .

(٢) ظاهره أن المراد اختلاف جنس العدة لا اختلاف سببها وبه صرح في الذخائر وحينئذ فينبغي التفصيل بين أن تكون عدة الطلاق بالأشهر فلا يجري خلاف لأن العدتين من شخص واحد وإن لم يكن بالأشهر يكون على الخلاف المتقدم في تداخل العدتين ، وعلى هذا فيحتاج للفرق بينه وبين ما إذا راجعها ثم فسخ نكاحها فإن فيه طريقة قاطعة بأن الفسخ ليس كالطلاق لأنه ليس من حبسه وهذا الطريق أظهر عند الروياني .

الثالثة : أحبل امرأة بشبهة ثم نكحها ومات قبل ولادتها ، فهل تنقضي عدتها بوضع الحمل ، أم بأكثر الأجلين من وضع الحمل ومدة عدة الوفاة ؟ وجهان . ولو طلقها بعد الدخول ، ففي انقضاء العدتين بالوضع الوجهان ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث في عدة الوفاة والمفقود

إذا مات زوجها ، لزمها عدة الوفاة بالنصوص والإجماع ، فإن كانت حائلاً ، فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها ، ويستوي فيها الصغيرة والكبيرة ، وذات الأقراء وغيرها ، والمدخول بها وغيرها ، وزوجة الصبي والممسوح وغيرهما ، وتعتبر الأشهر بالأهلَّة ما أمكن . فإن مات في خلال شهر ، وكان الباقي منه أكثر من عشرة أيام ، عدت ما بقي ، وحسبت بعده ثلاثة أشهر بالأهلة ، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثة ، وتضم إليه عشرة أيام ، وإن كان الباقي من شهر الوفاة أقل من عشرة أيام ، حسبت بعد أربعة أشهر بالأهلة ، ثم تكمل بقية العشرة من الشهر السادس . وإن كان الباقي عشرة أيام بلا زيادة ولا نقص ، اعتدت بها وبأربعة أهلة بعدها[1] . ولنا وجه شاذ : أنه إن انكسر شهر ، انكسر الجميع واعتبرت كلها بالعدد ، والصواب الأول . وإن انطبق الموت على أول الهلال ، حسبت أربعة أشهر بالأهلة ، وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس .

ولو كانت محبوسة لا تعرف الاستهلال ، اعتدت بمائة وثلاثين يوماً ، والأمة تعتد بنصف عدة الحرة وهو شهران وخمسة أيام . وسواء رأت في المدة دم حيض أم لم تره ، ولو مات الزوج والمرأة في عدة طلاقه ، فإن كانت رجعية ، سقطت عنها عدة الطلاق ، وانتقلت إلى عدة الوفاة ، حتى يلزمها الإحداد ولا تستحق النفقة ، وإن كانت بائناً أكملت عدة الطلاق ، ولها النفقة إذا كانت حاملاً[2] ، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة حاملاً كانت أو حائلاً .

---

(١) وهو قضية كلام القاضي الحسين والمتولي وكأنه طريقة المراوزة، وقضية كلام العراقيين وغيرهم أنه لا بد من أربعة أشهر أولاً ثم العشرة ، وفي تعليق ابن أبي هريرة أنه لو بقي من الشهر عشرة أيام سواء اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة وينكسر الرابع فيكمل على الشهر ثلاثين منه ، فإن أكملت الأربعة أتت بعشرة أيام ، وبهذا صرح الماوردي وابن الصباغ . وصاحب الانتصار وهو قضية إطلاق القاضي أبي الطيب وغيره .

(٢) سيأتي في آخر الباب الثاني من كتاب النفقات أن في السقوط وجهين أصحهما عند الإمام ، وبه قال ابن =

أما إذا كانت المتوفى عنها حاملاً ، فعدتها بوضع الحمل بشرطه السابق في عدة الطلاق ، وسواء تعجل الوضع أو تأخر .

فرع : عدة الوفاة تختص بالنكاح الصحيح ، فلو نكح فاسداً ومات قبل الدخول ، فلا عدة ، وإن دخل ثم مات أو فرق بينهما ، اعتدت للدخول كما تعتد عن الشبهة .

فرع : طلق إحدى امرأتيه ، ومات قبل أن تبين التي أرادها ، أو تعين إحداهما إن أبهم ، نظر ، إن لم تكونا ممسوستين ، أو كانتا من ذوات الأشهر ، فعلى كل منهما عدة الوفاة ، وإن كانتا حاملتين ، فعدتهما بالحمل ، وإن كانتا من ذوات الأقراء ، نظر ، إن أراد واحدة معينة ، لزم كل واحدة الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الوفاة ، وثلاثة أقراء ، وتحسب عدة الوفاة من حين الموت ، وتحسب الأقراء من وقت الطلاق على الصحيح ، وقيل : من حين الموت ، هذا في الطلاق البائن ، فإن كان رجعياً ، فالرجعة تنتقل إلى عدة الوفاة ، فعلى كل واحدة عدة الوفاة . وإن أبهم الطلاق ، بني على أنه لو عين ، هل يقع الطلاق من حين اللفظ ، أم من وقت التعيين . إن قلنا : من اللفظ ، فهو كما لو أراد معينة ، وإن قلنا : من التعيين ، فوجهان . أصحهما : أن عليهما الاعتداد بأقصى الأجلين أيضاً ، لكن الأقراء هنا تحسب من يوم الموت .والثاني : أن كل واحدة تعتد بعدة الوفاة ، لأنه كمن لم يطلق ، ولو اختلف حال المرأتين ، فكانت إحداهما ممسوسة أو حاملاً أو ذات أقراء ، والأخرى بخلافها ، عملت كل واحدة بمقتضى الاحتياط في حقها كما سبق .

فصل : الغائب عن زوجته ، إن لم ينقطع خبره ، فنكاحه مستمر ، وينفق عليها الحاكم من ماله إن كان في بلد الزوجة مال ، فإن لم يكن كتب إلى حاكم بلده ليطالبه بحقها ، وإن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته ، فقولان . الجديد الأظهر : أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ، ثم

= الحداد تسقط أيضاً لأنها كالحاضنة للولد ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت ، قال الشيخ أبو علي : لم تسقط لأنها لم تنتقل إلى عدة الوفاة بل يتم عدة الطلاق والطلاق موجب .

وقال في الخادم : الأقوى ما رجحه الإمام ، فإنا وإن قلنا انها لها بسبب الحمل كالأجرة ، فهي لا تجب على الميت .

تعتد . والقديم : أنها تتربص أربع سنين ، ثم تعتد عدة الوفاة ، ثم تنكح ، ومما احتجوا به للجديد : أن أم ولده لا تعتق ، ولا يقسم ماله ، والأصل الحياة والنكاح ، وأنكر بعضهم القديم .

وسواء فيما ذكرناه المفقود في جوف البلد أو في السفر وفي القتال ، ومن انكسرت سفينته ولم يعلم حاله .

وإن أمكن حمل انقطاع الخبر على شدة البعد والإيغال في الأسفار ، فقد حكى الإمام في إجراء القول القديم تردد ، والأصح إجراؤه .

ويتفرع على القولين صور .

إحداها : إذا قلنا بالقديم ، تربصت أربع سنين ، ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة ، فتعتد عدة الوفاة ، ثم تنكح ، وهل تفتقر مدة التربص إلى ضرب القاضي ، أم لا ويحسب من وقت انقطاع الخبر ؟ فيه وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما عند كثير من الأئمة : يفتقر[١] ، ولا تحسب ما مضى قبله ، فإذا ضرب القاضي المدة فمضت ، فهل يكون حكماً بوفاته ، أم لا بد من استئناف حكم ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وإذا حكم الحاكم بالفرقة ، فهل ينفذ ظاهراً وباطناً ، أم ظاهراً فقط ؟ وجهان أو قولان .

قلت : أصحهما الثاني[٢] . والله أعلم .

الثانية : إذا حكم القاضي بمقتضى القديم ، فهل ينقض حكمه تفريعاً على

---

(١) وسكت عن مقابله فلاح منه ترجيحه ، وعبارة الرافعي « إيراد كثير من الأئمة يشعر بترجيح الأول منهم من رجح الثاني وهو اختيار القفال » انتهى . وعلى الأول اقتصر الماوردي ، وقطع به ابن أبي هريرة ودل كلامه على أنه المنصوص في القديم وبه أجاب أبو إسحاق المروزي والشيرازي في المهذب والقاضي الحسين والهروي وحكاه المحاملي في التجريد وسليم في المجرد عن الأصحاب وقال : ظاهر كلام الشافعي حسبانها من وقت الانقطاع الخبر يعني كما رجحه القفال وكذا صححه البغوي وفي البيان : قال الشيخ أبو حامد : إنه المنصوص عليه في القديم وحينئذ فالخلاف قولان أو وجهان .

(٢) قال المصنف من زيادته : قلت أصحهما وينص له وأهمل أيضاً ذكر التصحيح في تصحيح التنبيه ، قال في الخادم : ووقع في بعض النسخ أصحهما الثاني ، وقال صاحب الوافي هما مأخوذان من أن ابتداء الموت من حين انقطاع الخبر أو من حين أمرها الحاكم بالتربص ، قال ولا يخفى وجه الثناء والصحيح الثاني ، وقال الفارقي في الصحيح إنه لا ينفذ في الباطن . انتهى ما أردته منه .

الجديد ؟ وجهان . أصحهما : نعم .

الثالثة : إذا نكحت على مقتضى القديم ، ثم بان الزوج ميتاً وقت الحكم بالفرقة ، ففي صحة النكاح على الجديد وجهان ، بناءً على بيع مال أبيه مع ظن الحياة إذا بان ميتاً .

الرابعة : طلقها المفقود ، أو آلى منها ، أو ظاهر ، أو قذفها ، فإن كان قبل الحكم بالفرقة ، فلهذه التصرفات أحكامها من الزوج قطعاً ، وإن كان بعده ، فقال الأصحاب : على الجديد : تلزم أحكامها ، وليكن هذا تفريعاً على أنه ينقض على الجديد حكم من حكم بالقديم[1] .

وأما إذا قلنا بالقديم ، فإن قلنا : ينفذ الحكم ظاهراً فقط ، ثبت أحكام هذه التصرفات ، وإن قلنا : ينفذ ظاهراً وباطناً ، فهو كالأجنبي يباشرها .

الخامسة : نفقتها واجبة على المفقود ، لأنها مسلِّمة نفسها ، فإن رفعت الأمر إلى القاضي ، وطلبت الفرقة ، فنفقة مدة التربص عليه ، لأنها محبوسة عليه بعدُ ، فإن انقضت وحكم القاضي بالفرقة والاعتداد . فإن قلنا بالقديم ، فلا نفقة لها في مدة العدة ، لأنها عدة الوفاة . وفي السكنى قولان ، وإن قلنا بالجديد ، فالنفقة على المفقود ، لأنها زوجته ، ويستمر ذلك حتى تنكح . فحينئذ تسقط لأنها ناشزة بالنكاح وإن كان فاسداً . وعن القاضي أبي الطيب القطع بالنفقة في مدة العدة على القولين ، كمدة التربص ، والمذهب الأول ، وإذا فرق بينهما وقد عاد المفقود وسلِّمت إليه ، عادت نفقتها عليه ، فإن كان الثاني دخل بها ، لم يلزم المفقود نفقة زمان العدة ، وإن لم يعد المفقود وعادت هي بعد التفريق إلى بيته ، ففي عود النفقة قولان . وقيل : إن نكحت بنفسها بغير حكم حاكم ، عادت النفقة ، وإلا فلا .

قال الروياني : الأظهر أنها لا تعود ، وينبغي أن يقطع به إذا لم يعلم الزوج عودها إلى الطاعة . قال : وهو الذي ذكره القفال[2] وأما النفقة على الزوج الثاني ،

---

(١) هذا الذي قاله هو ظاهر كلام ابن الصباغ في الشامل .

(٢) والرافعي قال : المفهوم من كلام المختصر عود النفقة يعني فإنه قال : لا نفقة لها في حال الزوجية ولا في حال العقد وهو يقتضي استحقاقها بعد انقضاء العدة . ثم قال : وقال في الأم : لا يعود للأصحاب طريقان أشهرهما قولان والثانية على حالين ، ولم ينقلا ترجيح عدم العود إلا عن الروياني وينبغي =

فلا يخفى حكمها على القديم ، وأما على الجديد ، فلا نفقة لزمن الاستفراش ، إذ لا زوجية ، فإن أنفق ، لم يرجع عليها لأنه متطوع إلا أن يلزمه الحاكم ، فيرجع عليها على الصحيح ، وقيل : على الزوج الأول . وإذا شرعت في عدة الثاني ، فلا نفقة إلا أن تكون حاملاً ، فقولان بناءً على أن النفقة للحمل ، أم للحامل .

السادسة : إذا ظهر المفقود ، فإن قلنا بالجديد ، فهي زوجته بكل حال ، فإن نكحت ، لم يطأها المفقود حتى تنقضيَ عدة الناكح ، وإن قلنا بالقديم ، ففيه طرق . أحدها : عن أبوي علي : ابن أبي هريرة ، والطبري ، أن الحكم كذلك ، لأنا تيقنا الخطأ في الحكم بموته ، فصار كمن حكم بالاجتهاد ، ثم وجد النص بخلافه ، وهذا أصحها عند الروياني . والثاني : إن قلنا ينفذ الحكم بالفرقة ظاهراً فقط ، فالحكم كما ذكرنا . وإن قلنا : ينفذ ظاهراً وباطناً ، فقد ارتفع نكاح الأول كالفسخ بالاعسار . فإن نكحت ، فهي زوجة الثاني . قاله أبو إسحاق . والثالث عن أبي إسحاق أيضاً : إن ظهر وقد نكحت ، لم ترد إلى المفقود ، وإن لم تنكح ، ردت إليه وإن حكم الحاكم بالفرقة . والرابع : لا ترد إلى الأول قطعاً . والخامس عن الكرابيسي ، عن الشافعي رحمهما الله تعالى : أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها من الثاني ، وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل . ومستنده ، أن عمر رضي الله عنه قضى به . وعن القاضي حسين زيادة فيه ، وهي أنه إن فسخ غرم الثاني مهر مثلها . والسادس : أن نكاح الأول كان ارتفع بلا خلاف ، لكن إذا ظهر المفقود ، هل يحكم ببطلان نكاح الثاني ؟ وجهان . أصحهما : لا ، لكن للمفقود الخيار كما ذكرنا . وإذا قلنا : نكاح الثاني باطل ، فهل نقول : وقع صحيحاً ثم إذا ظهر المفقود بطل ؟ أم نقول : نتبين بظهور المفقود أنه وقع باطلاً ؟ وجهان . فعلى الثاني : يجب مهر المثل إن جرى دخول ، وإلا فلا شيء ، وعلى الأول : الواجب المسمى أو نصفه ، ولو ظهر المفقود وقد نكحت وماتت ، فهل يرثها الأول أم الثاني ؟ يخرج على هذه الطرق .

السابعة : إذا نكحت على مقتضى القديم وأتت بولد يمكن كونه من الثاني ،

= تخريجه فإنه منصوص عليه في الأم صريحاً ومقابله مفهوم يقبل التأويل واستحسنه القفال والشاشي في محاسن الشريعة .

وجاء المفقود ولم يدَّع الولد ، فهو للثاني ، لأن بمضي أربع سنين يتحقق براءة الرحم من المفقود ، وإن ادعاه فوجهان . أصحهما : يسأل عن جهة ادعائه ، فإن قال : هو ولدي ولدته زوجتي على فراشي ، قلنا له : هذه دعوى باطلة ، لأن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدة ، وإن قال : قدمت عليها في أثناء هذه المدة فوطئتها وكان قوله محتملاً ، عرض الولد على القائف ، والوجه الثاني : يعرض على القائف من غير بحث واستقصاء . وذكر الروياني أن الوجهين أخذا من وجهين نقلا في أن هذه المرأة لو أتت بولد من غير أن تتزوج ، هل يلحق المفقود ؟ إن قلنا : نعم ، فلا حاجة إلى السؤال وإن قلنا : لا وهو الأصح ، فلا بد منه ، وحيث قلنا : الولد الثاني ، وحكمنا ببقاء النكاح الأول ، فله منعها من إرضاع الولد إلا اللبأ الذي لا يعيش إلا به ، وكذا إذا لم يوجد مرضعة غيرها ، ثم إن لم تخرج من بيت الزوج وأرضعته فيه ولم يقع خلل في التمكين ، فعلى الزوج نفقتها ، سواء وجب الإرضاع ، أم لا ، وإن خرجت للإرضاع بغير إذنه ، سقطت نفقتها ، وإن خرجت له بإذنه ، فوجهان بناءً على ما لو سافرت بإذنه لحاجتها ، وإن كان الإرضاع واجباً ، فعليه أن يأذن .

الثامنة : نكحت على مقتضى القديم ، ووطئها الثاني ، ثم علم أن الأول كان حياً وقت نكاحه ، وأنه مات بعد ذلك ، فإن قلنا : تقع الفرقة ظاهراً وباطناً ، فهي زوجة الثاني ، ولا يلزمها بموت الأول عدة ، وإن قلنا : لا فرقة باطناً ، فعليها عدة الوفاة عن الأول ، لكن لا تشرع فيها حتى يموت الثاني ، أو يفرق بينها وبينه ، وحينئذ تعتد للأول عدة الوفاة ، ثم للثاني بثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر . وإن مات الثاني أولاً ، أو فرق بينهما ، شرعت في الأقراء . فإن تمت الأقراء ، ثم مات الأول ، اعتدت عن الأول عدة الوفاة ، وإن مات الأول قبل تمام الأقراء ، فوجهان . أصحهما : تنقطع الأقراء ، فتعتد عن الأول للوفاة ، ثم تعود إلى بقية الأقراء . والثاني : تقدم ما شرعت فيه ، وإن ماتا معاً أو لم يعلم السابق منهما ، اعتدت بأربعة أشهر ، وعشرة أيام ، وبعدها بثلاثة أقراء لتبرأ من العدتين بيقين . ولو لم يعلم موتهما حتى مضت أربعة أشهر وعشرة أيام وثلاثة أقراء بعدها ، فقد انقضت العدتان ، ولو كانت حاملاً من الثاني ، اعتدت منه بالوضع ، ثم تعتد عن الأول عدة الوفاة ، والأصح : أنه يحسب منها زمن النفاس ، لأنه ليس من عدة الثاني ، وقيل : لا يحسب لتعلقه بالحمل .

فرع : زوجة الغائب إذا أخبرها عدل بوفاة زوجها ، جاز لها فيما بينها وبين الله تعالى ، أن تتزوج ، لأن ذلك خبر لا شهادة ، ذكره القفال .

فصل : يجب على المعتدة الإحداد في عدة الوفاة ، ولا يجب في عدة الرجعية ، لكن روى أبو ثور عن الشافعي رحمهما الله تعالى ، أنه يستحب لها الإحداد ، ومن الأصحاب من قال : الأولى أن تتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها . وفي عدة البائن بخلع أو استيفاء الطلقات قولان ، القديم : وجوب الإحداد ، والجديد : الأظهر : لا يجب ، بل يستحب . والمفسوخ نكاحها لعيب ونحوه ، على القولين . وقيل : لا يجب قطعاً ، والمعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد ، وأم الولد ، لا إحداد عليهن قطعاً لعدم الزوجية . وقوله ﷺ : « لا يحب لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً[1] » قد يحتج به على تحريم الإحداد على أم الولد ، والمعتدة عن شبهة .

فرع : الذمية ، والصبية ، والمجنونة ، والرقيقة ، كغيرهن في الإحداد[2] ، وولي الصبية والمجنونة ، يمنعهما مما تمتنع منه الكبيرة العاقلة .

فرع في كيفية الاحداد : وهو ترك الزيّن بالثياب ، والحلي والطيب .

النوع الأول : الثياب ، ولا يحرم جنس القطن والصوف ، والوبر والشعر ، والكتان والقصب والدِّبيقي ، بل يجوز لبس المنسوج منها على أنواع اختلاف ألوانها الخلقية وإن كانت نفيسة ناعمة ، لأن نفاستها من أصل الخلقة ، لا من زينة دخلت

---

(١) متفق عليه .
(أخرجه البخاري ٩ / ٤٨٤ في الطلاق / باب مراجعة الحائض ، حديث ٥٣٣٤ ـ ٥٣٣٥) .
(ومسلم ٢ / ١١٢٣ ـ ١١٢٤ في الطلاق / باب وجوب الاحداد ، حديث ٥٨ / ١٤٨٦ ـ ١٤٨٧) .

(٢) وما قاله في الذمية نص عليه في المختصر وغيره . وقال في البحر :
لا فرق بين أن يكون تحت ذمي أو مسلم وخصه غيره بالمسلم .
قيل : وأعرب ابن عبد البر فحكى في الاستذكار عن الشافعي أنه لا إحداد على الكتابية ، والذي في التمهيد عن الشافعي أنه لا فرق بين المسلمة والكتابية وأن أبا حنيفة قال : لا إحداد على الذمية لظاهر قوله ﷺ لا يحل لامرأة أن تؤمن بالله واليوم الآخر .

عليها[١] .

وأما الإبريسم ، فقال الجمهور : هو كالكتان فلا يحرم ما لم تحدث فيه زينة . وقال القفال : يحرم ، واختاره الإمام والغزالي والمتولي ، فعلى هذا ، لا تلبس العتابي الذي غلب فيه الإبريسم ، ولها لبس الخز قطعاً . ولو صبغ ما لا يحرم في جنسه ، نظر في صبغه ، إن كان مما يقصد منه الزينة غالباً ، كالأحمر والأصفر ، حرم لبسه إن كان ليناً ، وكذا إن كان خشناً على المشهور ، وهو نصه في « الأم » ويدخل في هذا القسم ، الديباج المنقش ، والحرير الملون ، فيحرمان . والمصبوغ غزله قبل النسج كالبرود حرام على الأصح ، كالمصبوغ بعد النسج ، وإن كان الصبغ مما لا يقصد به الزينة ، بل يعمل للمصيبة ، واحتمال الوسخ كالأسود والكحلي ، فلها لبسه وهو أبلغ في الحداد ، بل في « الحاوي » وجه أنه يلزمها السواد في الحداد . وإن كان الصبغ متردداً بين الزينة وغيرها ، كالأخضر والأزرق ، فإن كان براقاً صافي اللون فحرام ، وإن كان كدراً أو مشبعاً ، أو أكهب وهو الذي يضرب إلى الغبرة ، جاز ، وأما الطراز على الثوب ، فإن كان كبيراً فحرام ، وإلا فثلاثة أوجه ، ثالثها : إن نسج مع الثوب ، جاز ، وإن ركب عليه ، حرم ، لأنه محض زينة .

النوع الثاني : الحلي ، فيحرم عليها لبسه ، سواء فيه الخلخال والسوار والخاتم وغيرها ، والذهب والفضة ، وقال الإمام : يجوز لها التختم بخاتم الفضة كالرجل ، وبالأول قطع الجمهور . وفي « اللآلي » تردد للإمام[٢] ، وبالتحريم قطع الغزالي وهو الأصح . قال الروياني : قال بعض الأصحاب : لو كانت تلبس الحلي ليلاً وتنزعه نهاراً ، جاز ، لكنه يكره لغير حاجة ، فلو فعلته لإحراز المال ، لم يكره . قال : ولو تحلت بنحاس أو رصاص ، فإن كان مموهاً بذهب أو فضة أو مشابهاً لهما ، بحيث لا يعرف إلا بتأمل ، أو لم يكن كذلك ، ولكنها من قوم يتزينون بذلك ، فحرام ، وإلا فحلال .

النوع الثالث : الطيب فيحرم عليها الطيب في بدنها وثيابها ، وتفصيل الطيب

---

(١) ويستثنى من ذلك المنقوش كما نص عليه في الأم ، وقال في البيان قال الصيمري : ولا تلبس البرود المنقوشة ولا الترقوني من المقانع والوقايات لما فيه من النقش .

(٢) وجعلها في المنهاج وجهين .

سبق في « كتاب الحج » ، ويحرم دهن رأسها بكل دهن[١] . ولو كان لها لحية ، حرم دهنها وإن لم يكن في الدهن طيب ، لأنه زينة ، ويجوز لها دهن البدن بما لا طيب فيه ، كالزيت والشَّيْرج والسمن ، ولا بما فيه طيب كدهن البان والبنفسج ، ويحرم عليها أكل طعام فيه طيب ، ويحرم أن تكتحل بما فيه طيب[٢] .

وأما ما لا طيب فيه ، فإن كان أسود وهو الإثمد ، فحرام على البيضاء قطعاً ، وكذا على السوداء على المشهور والصحيح ، لإطلاق الأحاديث فيه ، فإن احتاجت إلى الاكتحال به لرمد وغيره ، اكتحلت به ليلاً ومسحته نهاراً ، فإن دعت ضرورة إلى الاستعمال نهاراً أيضاً جاز ، ويجوز استعماله في غير العين ، إلا الحاجب ، فإنه تتزين به فيه . وأما الكحل الأصفر وهو الصبر ، فحرام على السوداء ، وكذا على البيضاء على الأصح ، لأنه يحسن العين . ويحرم أيضاً أن تطلي به وجهها ، لأنه يصفر الوجه ، فهو كالخضاب . وأما الكحل الأبيض كالتوتياء ونحوه ، فلا يحرم ، إذ لا زينة فيه . وقيل : يحرم على البيضاء حيث تتزين به ، والصحيح الأول ، ويحرم الدِّمام ، وهو ما يطلى به الوجه للتحسين . وقيل : هو الكُلْكُون الذي يحمر الوجه ، ويحرم الاسفيداج ، ويحرم أن تخضب بحناء ونحوه فيما ظهر من البدن كالوجه واليدين والرجلين ، ولا يحرم فيما تحت الثياب ، ذكره الروياني . والغالية وإن ذهبت

(١) أي مطيباً وغيره وعلله الرافعي بما فيه من تزيين الشعر ويؤخذ من هذه العلة أنه لا يحرم على الصلعاء ذلك ، وبه صرح في البحر فقال : ولو كانت صلعاء فلها دهن رأسها بدهن غير مطيب . انتهى .
وهذا لا يستفاد من كلام الروضة على أن في تحريم غير المطيب عليها نظر .

(٢) فعن أم سلمة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل » .
(أحمد في مسنده ٦ / ٣٠٢) ، (وأبو داود ج٢/ الطلاق ـ باب فيما تجتنبه المعتدة ٢٣٠٤) ، (والنسائي في المجتبى ٦ / ٢٠٣ في كتاب الطلاق) .
وأيضاً حديث أم سلمة أنها قالت : دخل عليّ رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبراً ، فقال : ما هذا يا أم سلمة ، فقلت : إنما هو صبر ليس فيه طيب ، قال : « إنه يشب الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وتنتزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب ، قلت : بأي شيء أمتشط يا رسول الله ، بالسدر تغلفين به رأسك » .
(مالك في الموطأ مرسلاً ٢ / ٦٠٠ ، حديث ١٠٨) .
(وأبو داود في المصدر السابق ، حديث ٢٣٠٥) .
(والنسائي ٦ / ٢٠٤ في باب الرخصة للمادة) .

ريحها كالخضاب . قال الإمام : وتجعيد الأصداغ ، وتصفيف الطرة ، لا نقل فيه ، ولا يمنع أن يكون كالحلي .

فرع : يجوز للمحدة التزيين في الفرش والبسط والستور وأثاث البيت ، لأن الحداد في البدن ، لا في الفرش ، ويجوز التنظيف بغسل الرأس ، والامتشاط ، ودخول الحمام[١] ، وقلم الأظفار ، والاستحداد وإزالة الأوساخ ، فإنها ليست من الزينة .

فرع : إذا لم نوجب الإحداد على المبتوتة ، ففي تحريم التطيب وجهان ، لأنه يحرك الشهوة .

فرع : يجوز لها الإحداد على غير الزوج ثلاثة أيام فما دونها ، صرح به المتولي ، والغزالي في « البسيط » للحديث الصحيح الذي ذكرناه[٢] .

فرع : لو تركت الإحداد الواجب عليها في كل المدة أو بعضها ، عصت وانقضت عدتها . وكذا لو تركت ملازمة المسكن وخرجت من غير حاجة ، عصت وانقضت عدتها بمضي المدة ، كما لو بلغها وفاة الزوج بعد مضي أربعة أشهر وعشر ، كانت العدة منقضية وبالله التوفيق .

الباب الرابع في السكنى

المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن بخلع ، أو باستيفاء الطلقات ، تستحق السكنى حاملاً كانت أو حائلاً ، وكذا المعتدة عن وفاة على الأظهر . وأما المعتدة عن النكاح بفرقة غير الطلاق في الحياة ، كالفسخ بردة أو إسلام أو رضاع أو عيب ونحوه ، ففيها خمسة طرق .

أحدها : على قولين كالمعتدة عن وفاة .

والثاني : إن كان لها مدخل في ارتفاع النكاح ، بأن فسخت بخيار العتق ، أو

---

(١) زاد في المنهاج ما لم يكن فيه خروج محرم .

(٢) قال في الخادم : الظاهر تقييده بالقريب كما صرح به الإمام ، وإنه لا يجوز ذلك على أجنبي ولو بعض يوم ، وشرط تحريم الإحداد بالزيادة على الثلاث أن يقصد الترك للإحداد ، أما لو تركته بلا قصد فإنه لا يحرم كما صرح به الشيخ في باب الشقاق ونقله في المطلب هنا عن الإمام ، قال وفيه نظر .

بعيب الزوج ، أو فسخ بعيبها ، فلا سكنى قطعاً ، وإن لم يكن ، بأن انفسخ بإسلامه أو ردته ، أو إرضاع أجنبي ، ففي استحقاقها السكنى القولان .

والثالث : إن كان لها مدخل ، فلا سكنى ، وإلا فلها السكنى قطعاً .

والرابع ذكره البغوي : إن كانت الفرقة بعيب أو غرور ، فلا سكنى ، وإن كانت برضاع أو مصاهرة أو خيار عتق ، فلها السكنى على الأصح ، لأن السبب لم يكن موجوداً يوم العقد ، ولا استند إليه . قال : والملاعنة تستحق قطعاً كالمطلقة ثلاثاً .

والخامس : القطع بأنها تستحق السكنى ، لأنها معتدة عن نكاح بفرقة في الحياة كالمطلقة . قال المتولي : هذا هو المذهب[1] . وأما المعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد ، وأم الولد إذا أعتقها سيدها ، فلا سكنى لهن ، هذا بيان السكنى ، وأما النفقة والكسوة ، فمؤخرتان إلى « كتاب النفقات » .

فرع : الصغيرة التي لا تحتمل الجماع ، هل تستحق النفقة ؟ فيه خلاف يأتي في النفقات إن شاء الله تعالى . فإن قلنا : تستحقها ، استحقت السكنى في العدة ، وإلا فلا ، والأمة المزوجة ذكرنا أنه ليس على السيد أن يسلِّمَها ليلاً ونهاراً ، بل له استخدامها نهاراً ، وكذا الحكم في زمن العدة ، فإن سلمها ليلاً ونهاراً ، أو رفع اليد عنها ، استحقت السكنى . وإن كان يستخدمها نهاراً ، فقد ذكرنا خلافاً في استحقاقها ، النفقة في صلب النكاح . فإن استحقتها ، استحقت السكنى في العدة ، وإلا فلا ، لكن للزوج أن يسكنها حالة فراغها من خدمة السيد لتحصينها .

فرع : إذا طلقها وهي ناشزة ، فلا سكنى لها في العدة ، لأنها لا تستحق النفقة والسكنى في صلب النكاح ، فبعد البينونة أولى ، كذا قاله القاضي حسين

---

(١) قال الشيخ البلقيني ما نقله عن المتولي هنا يخالف ما قال إنه المذهب ، وبه قطع الجمهور في باب مثبتات الخيار في النكاح حيث قال: لا تجب السكنى ، ونقل هناك عن ابن سلمة طريقة في العيب لم يذكرها هنا وهو أنه إن كان بعيب حادث وجبت وإلا فلا ، ثم قال وإذا لم توجب السكنى فأراد أن يسكنها لما به وله ذلك ، وعليها الموافقة . قاله أبو الفرج السرخسي . انتهى .
وقال الشيخ المصنف أيضاً في باب النكاح أن المفسوخ نكاحها بعد الدخول لا نفقة لها في العدة ولا سكنى إن كانت حائلاً بلا خلاف ، وإن كانت حاملاً ففي النفقة قولان بناء على أنها للحمل أو للحامل وأما السكنى فلا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور وقيل يطرد القولان . . . إلى آخره .

والمتولي ، وزاد المتولي فقال : وكذا لو نشزت في العدة ، سقطت سكناها . فلو عادت إلى الطاعة ، عاد حق السكنى . قال الإمام : إذا طلقت في مسكن النكاح ، فعليها ملازمته لحق الشرع ، فإن أطاعت ، استحقت السكنى[1] ، وعبَّر بعضهم عن كلام الإمام ، بأنها إن نشزت على الزوج في بيته ، فلها السكنى في العدة ، وإن خرجت من بيته واستعصت عليه ، فلا سكنى .

فصل : من استحقت السكنى من المعتدات ، تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الفراق ، إلا أن يمنع منه مانع ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى[2] ، فليس للزوج ولا لأهله إخراجها منه ، ولا يجوز لها الخروج . فلو اتفق الزوجان على أن تنتقل إلى مسكن آخر من غير حاجة ، لم يجز ، وكان على الحاكم المنع منه . ولو انتقلت في صلب النكاح من مسكن إلى آخر بغير إذن الزوج ، ثم طلقها أو مات ، لزمها أن تعود إلى الأول وتعتد فيه ، ولو أذن لها بعد الانتقال أن تقيم فيه ، كان كما لو انتقلت بإذنه . وإذا انتقلت بالإذن ، ثم طلق أو مات ، اعتدت في المنتقل إليه ، لأن المسكن عند الفراق ، وإن خرجت فطلقها قبل وصولها إلى الثاني المأذون فيه ، فهل تعتد في الثاني أم في الأول ، أم في أقربهما إليها ، أم تتخير فيهما ؟ فيه أوجه ، أصحها : أولها ، وهو نصه في « الأم » لأنها مأمورة بالمقام فيه ، ممنوعة من الأول ، والاعتبار بالانتقال ببدنها ، لا بالأمتعة والخدم والزوج ، ولو أذن في الانتقال إلى الثاني ، فانتقلت ثم عادت إلى الأول لنقل متاع وغيره فطلقها ، فالمسكن هو الثاني ، فتعتد فيه ، كما لو خرجت لحاجة فطلقها وهي خارجة . ولو أذن لها في الانتقال إلى بلد آخر ، ثم طلقها ، أو مات ، فحكمه كما ذكرنا فيما لو أذن في الانتقال من مسكن إلى مسكن ، فإن وجد سبب الفراق بعد الانتقال إلى البلد الثاني ، اعتدت فيه ، وإن وجد قبل مفارقة عمران الأول ، لم تخرج ، بل تعود إلى

---

(١) وهذا قاله الإمام في باب النفقات .

(٢) هذا في المطلقة البائن ، أما المطلقة الرجعية فإن سكناها حيث يختار الزوج في موضع يليق بها ، نبه على ذلك جماعة من المتأخرين تبعاً ونقله في المهمات عن الحاوي والمهذب وغيرهما من العراقيين كما نقله ابن الرفعة نعم في النهاية أنه يتعين عليها ملازمة المسكن . انتهى .
قال في الخادم : والصواب ما قاله الإمام فقد نص عليه الشافعي في الأم موضعين صريحاً وفي المختصر إشارة ، وقد حكى النصوص ابن الرفعة في المطلب . . . إلى آخر ما ذكره .

المسكن وتعتد فيه ، وإن كان في الطريق ، فعلى الأوجه . وإن أذن في السفر لغير النقلة ، نظر ، إن تعلق بغرض مهم ، كتجارة وحج وعمرة واستحلال عن مظلمة ونحوها ، ثم حدث سبب الفرقة ، نظر ، إن كان حدث قبل خروجها من المسكن ، لم تخرج بلا خلاف . وإن خرجت منه على قصد السفر ولم تفارق عمران البلد ، فالأصح عند الجمهور أنه يلزمها العود إلى المسكن ، لأنها لم تشرع في السفر . والثاني : تتخير بين العود والمضي في السفر ، لأن عليها ضرراً في إبطال سفرها ، وفوات غرضها . والثالث : إن كان سفر حج ، تخيرت ، وإلا فيلزم العود ، وإن حدث سبب الفرقة في الطريق ، تخيرت بين العود والمضي . وقيل : إن حدث بعد مسيرة يوم وليلة تخيرت ، وإن حدث قبله ، تعين العود ، وليس بشيء ، وإذا خيرناها ، فاختارت العود إلى المسكن والاعتداد ، فذاك ، وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه الأفضل ، وإن اختارت المضي إلى المقصد ، فلها أن تقيم فيه إلى انقضاء حاجتها ، فلو انقضت قبل تمام مدة إقامة المسافرين[1] ، فالمذكور في « التهذيب » و« الوسيط » وغيرهما ، أن لها أن تقيم تمام مدة المسافرين ، وحكى الروياني هذا

(١) وحكى الروياني هذا عن بعضهم ثم غلط قائله وقال : نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير .
قال المصنف من زيادته : الأصح أنه لا يجوز أن يقيم بعد قضاء الحاجة وبه قطع صاحب المهذب والجرجاني والرافعي في المحرر وآخرون نوزع الشيخ في ذلك ، أما المهذب فإنه أطلق أنها لا تقيم إلا بعد قضاء الحاجة والظاهر أن مراده ما إذا قضتها بعد الثلاث وصرح العراقي في شرحه وصاحب الاستقصاء بأن لها استيفاء الثلاث ولم يقولا إن كلامه يقتضي خلاف ذلك وهو الذي فهمه صاحب البيان أيضاً فقال وإن كان سفرها الزيارة أو النزهة ولم يقدر لها مدة فلها أن تقيم ثلاثة أيام لا غير لأنه إنما أذن في السفر دون الاقامة وإن كان سفرها لحاجة أو تجارة ، فقال الشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ لها أن تقيم حتى تقضي حاجتها ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يقيم أكثر من ثلاثة أيام . انتهى .
وهو صريح في أن مراد صاحب المهذب ما فوق الثلاث .
وأما الجرجاني فعبارة السلك ولم تعم بعد قضاء شافية وتحذيره ، فإن مضت في سفرها لم تقم بعد قضاء الوطء من التجارة ولم يقم في النزهة أكثر من ثلاثة أيام . انتهى ، وهو موافق للجمهور أن النسك والتحارة لا تقضيان غالباً في دون الثلاث ، والنزهة قد تحصل في يوم أو بعضه .
وأما الرافعي في المحرر فإن عبارته توهم ذلك فإنه عبر بأنها تقيم لقضاء حاجتها لكن كلامه في الشرح الصغير يقتضي أن المذهب المنقول الجواز فإنه قال : فإذا قضت الحاجة فهل لها أن تقيم مدة مقام المسافرين ففي التهذيب وغيره أن لها إتمام هذه المدة ، ومنهم من نازع فيه فقال نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير . انتهى .
وقال في الخادم : إن هذا ظاهر نص الأم والمختصر وأطال النقل بذلك عن جماعة

عن بعضهم ، ثم غلط قائله وقال : نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير .

قلت : الأصح أنه لا يجوز أن تقيم بعد قضاء الحاجة ، وبه قطع صاحب « المهذب » والجرجاني ، والرافعي في « المحرر » وآخرون . والله أعلم .

وإن كان أذن لها في سفر نزهة فبلغت المقصد ، ثم حدث ما يوجب العدة ، فإن لم يقدِّر الزوج مدة ، لم تقم أكثر من مدة المسافرين ، وإن قدَّر ، فهل الحكم كذلك ، أم لها استيفاء المدة المقدرة ؟ قولان . أظهرهما : الثاني ، ويجريان فيما لو قدر في [سفر][1] الحاجة مدة تزيد على قدر الحاجة ، لأن الزائد كالنزهة . ففي قول : يجب الانصراف إذا انقضت الحاجة . وفي قول : تقيم المأذون فيه ، ويجريان فيما لو أذن في الانتقال إلى مسكن آخر في البلد مدة قدَّرها ثم طلقها ، أو مات ، كذا حكاه الروياني عن نصه في « الأم » وفي « الوسيط » أن الطلاق يبطل تلك المدة ، ويجريان فيما لو أذن لها في الاعتكاف مدة ولزمتها العدة قبل مضي المدة ، هل لها إدامة الاعتكاف إلى تمام المدة ، أم يلزمها الخروج لتعتد في المسكن ؟ فإن لم يلزمها الخروج فخرجت ، بطل اعتكافها ولم يكن لها البناء عليه إذا كان منذوراً ، وإن ألزمناها ، فهل يبطل بالخروج ، أم يجوز البناء ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وإن حدث سبب العدة في سفر النزهة قبل بلوغها المقصد ، فحيث قلنا في سفر الحاجة : يجب الانصراف ، فهنا أولى . وحيث قلنا : لا يجب ، فهنا وجهان . وقطع صاحب « الشامل » ، بأنه كسفر الحاجة . وأما سفر الزيارة ، فكسفر النزهة على ظاهر النص ، وقيل : كسفر الحاجة ، ثم إذا انتهت مدة جواز الإقامة في هذه الأحوال ، فعليها الانصراف في الحال إن لم تكن انقضت مدة العدة بتمامها لتعتد بقية العدة في المسكن . فإن كان الطريق مخوفاً ، أو لم تجد رفقة ، عذرت في التأخير[2] .

فلو علمت أن البقية تنقضي في الطريق ، ففي لزوم العود وجهان . أصحهما : يلزمها ، وهو نصه في « الأم » ليكون أقرب إلى موضع العدة ، ولأن تلك الإقامة غير

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) سكتوا هنا من اعتبار وجود المحرم يرجع معها ويحتمل المنع كالهجرة الواجبة .

مأذون فيها ، والعود مأذون فيه ، هذا كله إذا أذن لها في السفر . فأما إذا خرجت مع الـزوج ثم طلقها ، أو مـات ، فعليها الانصـراف ، ولا تقيم أكثـر من مـدة المسافرين[١] ، إلا إذا كان الطريق مخوفاً ، أو لم تجد رفقة . وهذا إذا كان سفره لغرضه واستصحبها ليستمتع بها . فأما إذا كان السفر لغرضها وخرج بهـا ، فليكن الحكم كما لو أذن لها فخرجت . وفي لفظ « المختصر » ما يشعر بهذا .

فرع : أذن لها في الإحرام بحج أو عمرة ، ثم طلقها قبل الإحرام ، فـلا تحرم ، ولا تنشىء السفر بعد لزوم العدة ، فلو أحرمت ، فهو كما لو أحرمت بعد الطلاق بغير إذن ، وحكمه أن لا يجوز لها الخروج في الحال وإن كان الحج فرضاً ، بل يلزمها أن تقيم وتعتد ، لأن لزوم العدة سبق الاحرام ، فإذا انقضت العدة ، أتمت عمرتها إن كانت معتمرة ، وكـذا الحج إن بقي وقتـه ، فإن فـات ، تحلّلت أفعال العمرة ، ولزمها القضاء ودم الفوات .

ولو أحرمت أولاً بإذن الزوج ، أو بغير إذنه ثم طلقها[٢] فإن كانت تخشى فوات الحج لضيق الوقت ، خرجت إلى الحج معتدة ، لأن الإحرام سبق العدة ، مع أنه في خروجها يحصل الحج والعدة ، وإن كانت لا تخشى فوات الحج لو أقامت للعدة ، أو كان الإحرام بعمرة ، فوجهان . أحدهما وهو مذكور في « المهذب » : يلزمها أن تقيم للعـدة ، ثم تخرج جمعـاً بين الحقين . وأصحهما وبـه قـطع الشيـخ أبـو حـامـد والأكثرون : تتخير بين أن تقيم وبين أن تخرج في الحال ، لأن مصـابرة الإحـرام مشقة .

فرع : منزل البدوية وبيتها من صوف ووبر وشعر ، كمنزل الحضرية من طين وحجر ، فإذا لزمتها العدة فيه ، لزمها ملازمته ، فإن كان أهلهـا نازلين على مـا لا ينتقلون عنه ، ولا يظعنون إلا لحاجة ، فهي كالحضرية من كل وجه . وإن كانوا من

---

(٢) وصرح جماعة من المراوزة بأن لا خلاف فيه ، وما جزم به الرافعي من جواز إقامة مدة السفر صرح الشيخ أبو حامد بخلافه .

(٢) أسقط المصنف قول الرافعي تقدم فقال : كما لو أحرمت بعد الطلاق بغير إذن وكان الصواب أن يقول يتقدم وإلا فالإذن بعد الطلاق لا أثر له . وعبارة الرافعي كما لو أحرمت بعد الطلاق من غير تقديم إذن .

قوم[١] ينتقلون شتاءً أو صيفاً ، فإن ارتحلوا جميعـاً ارتحلت معهم للضرورة ، وإن ارتحل بعضهم ، نظر ، إن كان أهلها ممن لم يرتحل وفي المقيمين قوة وعدد ، فليس لها الارتحال . وإن ارتحل أهلها وفي الباقين قوة وعدد ، فوجهان ، أحدهما : ليس لها الارتحال ، بل تعتد هناك لتيسره[٢] ، وأصحهما : تتخير بين أن تقيم وبين أن ترتحل ، لأن مفارقة الأهـل عسرة مـوحشة . ولـو هرب أهلهـا خوفـاً من عدو ولم ينتقلوا ، ولم تخف هي ، لم يجز لها الارتحال ، لأن المرتحلين يعودون إذا أمنوا ، ولو ارتحلت حيث يجوز الارتحال ، ثم أرادت الإقامة في قرية في الطريق والاعتداد فيها ، جاز ، لأنه أليق بحال المعتدة من السير .

فرع : طلقها أو ماتت وهي في سفينة ، فإن ركبتها مسافرة ، فحكم السفر ما سبق ، وإن كان الزوج ملاَّحاً ولا منزل له سوى السفينة ، فإن كانت سفينة كبيرة فيها بيوت متميزة المرافق ، اعتدت في بيت منها معتزلة عن الزوج ، وسكن الزوج بيتاً آخر ، وإن كانت صغيرة ، نظر ، إن كان معها محرم لها يمكن أن يعالج السفينة ، خرج الزوج ، واعتدت هي فيها ، وإلا فتخرج هي وتعتد في أقرب المواضع إلى الشط ، وإذا تعذر خروجه وخروجها ، فعليها أن تستتر وتبعد منه بقدر الامكـان ، هكذا ذكره صاحب « الشامل » و« التهذيب » وغيرهما ، وفيه إشعار بأنه لا يجوز لها الخروج من السفينة إذا أمكن الاعتداد فيها ، وقد صرح به آخرون ، ونقل الروياني في كتبه ، أنها تتخير بين أن تعتد في السفينة ، وبين أن تخرج فتعتد خارجها . فإن اختـارت السفينة ، نـظرنا حينئـذ ، هل هي صغيـرة أم كبيـرة ؟ وراعينـا التفصيـل المذكور ، وذكر فيما إذا اختارت الخروج ، وجهين أصحهما وبه قال الماسرجسي : تعتد في أقرب القرى إلى الشط . والثاني وبه قال أبو إسحاق : تعتد حيث شاءت .

فرع : إذا خرجت الزوجة إلى غير الدار المألوفة ، أو غير البلد المألوف ، ثم طلقها واختلفا ، فقالت : أذنت لي في الانتقال فاعتد في المنزل الثاني ، وقال : إنما

---

(١) سقط من « ط » .

(٢) ما أطلقه هنا من منع الارتحال فيما إذا كان أهلها ممن لم يرتحل يشمل ما إذا انتقل أهل الزوج وأقام أهلها لكن الماوردي جزم في هذه الصورة بالتخيير بين النقلة مع أهل الزوج لاختلاط بيتها ببيوتهم وبين الإقامة مع أهلها لإقامتهم في مكان الطلاق ، وهذا أوجه مما قاله الرافعي .

أذنت لك في النزهة أو في غرض كذا فعودي إلى المنزل الأول فاعتدي فيه ، في من يصدق منهما اختلاف نص وطرق منتشرة انتشاراً كثيراً ، وحاصلها : أن المذهب تصديق الزوج وإذا اختلف الزوجان ، وتصديقها إذا اختلفت هي ووارث الزوج . وقيل : قولان . أحدهما : تصديق الزوج والوارث . والثاني : تصديقها لأن الظاهر معها . وقيل : إن اتفقا على إذن في الخروج مطلقاً ، وقال الزوج : أردت النزهة ، أو قال ذلك وارثه ، وقالت : بل أردت النقلة ، فالقول قولها ، وإن قال : قلت : اخرجي للنزهة ، أو قال ذلك وارثه . وقالت : بل قلتَ : اخرجي للنقلة ، فالقول قول الزوج ووارثه . وقيل : إن تحول الزوج معها إلى المنزل الثاني فهي المصدقة عليه وعلى وارثه . وإن انفردت بالتحول ، صدقا عليها . أما إذا اتفقا على جريان لفظ الانتقال ، أو الاقامة ، بأن قال : انتقلي إلى موضع كذا ، أو اخرجي إليه وأقيمي به ، قال الزوج : ضممت إليه : للنزهة ، أو شهراً ، أو نحوهما ، وأنكرت الزوجة هذه الضميمة ، أو قال ذلك وارثه ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم هذه الضميمة .

فصل : يجب على المعتدة ملازمة مسكن العدة ، فلا تخرج إلا لضرورة أو عذر ، فإن خرجت ، أثمت ، وللزوج منعها ، وكذا لوارثه عند موته ، وتعذر في الخروج في مواضع .

منها : إذا خافت على نفسها أو مالها من هدم أو حريق ، أو غرق ، فلها الخروج، سواء فيه عدة الوفاة والطلاق[1]، وكذا لو لم تكن الدار حصينة وخافت لصوصاً ، أو كانت بين فسقة تخاف على نفسها ، أو تتأذى من الجيران أو الأحماء تأذياً شديداً ، أو تبذو أو تستطيل بلسانها عليهم[2] ، يجوز إخراجها من المسكن ، ثم في « التهذيب » أنها إذا بذت على أحمائها ، سقطت سكناها ، وعليها أن تعتد في

---

(١) قضيته التسوية بينهما في الجواز وأنه لا يجب ، وقال الماوردي : إن خافت على نفسها إما في تلف مهجة أو إتيان فاحشة وجب عليها النقلة وأحدث بها خير التحصين نفسها وفرجها ، وإن خافت على مالها من لص أو أذية جار في شتم أو سفه كانت بالخيار بين المقام والنقلة ولا تجبر على أحدهما مع الأمن على النفس والفرج . انتهى

(٢) قال ابن أبي الدم : كذا قطعوا بالانتقال وكان يمكن أن يقال بالتعزير هنا للإيذاء ومنعها من الانتقال وكلما صدر منها إيذاء عزرت في مقابلته إلى أن ينتهي عن الإيذاء . انتهى .
وجوابه أن الشرع حسم مادة الشر والخصام بالانتقال فلا التفات لهذا .

بيت أهلها ، والذي ذكره العراقيون والروياني والجمهور : أنه ينقلها الزوج إلى مسكن آخر ، ويتحرى القرب من مسكن العدة . ثم موضع النقل بالبذاء ما إذا كانت الأحماء معها في دار تسع جميعهم ، وإن كانت ضيقة لا تسع جميعهم ، نقل الزوج الأحماء وترك الدار لها ، وإن كان الأحماء في دار أخرى ، لم ينقل المعتدة بالبذاء عن دارها ، ونقل المتولي أنها تنقل لإيذاء الجيران كما تنقل الإيذاء الأحماء . فعلى هذا ، إذا كانت في دار والأحماء في القرى ، فإنها لا تنقل لإيذاء إذا لم تكن الداران متجاورتين ، ولو كان البذاء من الأحماء دونها ، نقلوا دونها ، ولو كانت في دار أبويها لكون الزوج كان يسكن دارهما ، فبذت على الأبوين ، أو بذا الأبوان عليها ، لم ينقل واحد منهم ، لأن الشر والوحشة لا تطول بينهم ، فلو كان أحماؤها في دار أبويها أيضاً ، وبذت عليهم ، نقلوا دونها ، لأنها أحق بدار أبويها .

ومنها : إذا احتاجت إلى شراء طعام ، أو قطن ، أو بيع غزل ونحو ذلك ، نظر ، إن كانت رجعية ، فهي زوجته ، فعليه القيام بكفايتها ، فلا تخرج إلا بإذنه . قال المتولي : وكذا الحكم في الجارية المشتراة ، والمسبية في مدة الاستبراء[1] .

وأما سائر المعتدات : فيجوز للمعتدة عن وفاة الخروج لهذه الحاجات نهاراً ، وكذا لها أن تخرج بالليل إلى دار بعض الجيران للغزل والحديث ، لكن لا تبيت عندهم ، بل تعود إلى مسكنها للنوم . وحكم العدة عن شبهة أو نكاح فاسد حكم عدة الوفاة . قال المتولي : إلا أن تكون حاملاً . وقلنا : إنها تستحق النفقة ، فلا يباح لها الخروج . وفي البائن بطلاق أو فسخ ، قولان . القديم : ليس لها الخروج ، والجديد : جوازه كالمتوفى عنها ، قال المتولي : هذا في الحائل ، أما الحامل : إذا قلنا : تعجل نفقتها ، فهي مكفية فلا تخرج إلا لضرورة[2] .

---

(١) وكذلك قال القاضي الحسين وزاد المستولدة ، ومقتضى الإلحاق بالرجعية الجواز عند إذن السيد وهذا لا خصوصية له بزمن الاستبراء فإنه ليس لها الخروج إلا بإذن بعد الاستبراء وقبله ويحتمل أن يكون المراد لا يجوز وإن أذن السيد وأن يريد بالمستولدة من مات عنها سيدها .

(٢) قيل وهذا مفروض فيما إذا حصل لها النفقة فلا تخرج بعده لأجل النفقة لكن لها الخروج لقضاء حوائجها من شراء القطن وبيع الغزل لاحتياجها إليه في غير النفقة وكذلك إذا أعطيت النفقة دراهم واحتاجت إلى الخروج لشراء الأدم بها . قال : والضابط أن الخلاف عند الحاجة وعند عدم الحاجة لا يجوز الخروج قطعاً وعند الضرورة يجوز قطعاً ، ولم أر من جوز الخروج بلا حاجة إلا ابن المنذر . قاله في الخادم .

ومنها : لو لزمها عدة وهي في دار الحرب ، لزمها أن تهاجر إلى دار الإسلام . قال المتولي : إلا أن تكون في موضع لا تخاف على نفسها ، ولا على دينها ، فلا تخرج حتى تعتد .

ومنها : إذا لزمها حق ، واحتيج إلى استيفائه ، فإن أمكن استيفاؤه في مسكنها ، كالدين والوديعة ، فعل ، وإن لم يمكن ، واحتيج فيه إلى الحاكم ، بأن توجه عليها حد أو يمين في دعوى ، فإن كانت برزة خرجت وحدت ، أو حلفت ، ثم تعود إلى المسكن ، وإن كانت مخدرة ، بعث الحاكم إليها نائباً ، أو أحضرها بنفسه .

ومنها : إذا كان المسكن مستعاراً ، أو مستأجراً ، فرجع المعير ، أو مضت المدة ، وطلبه المالك ، فلا بد من الخروج .

ومنها : البدوية تفارق المنزل وترتحل مع القوم إذا ارتحلوا .

فرع : لا تعذر في الخروج لأغراض تعد من الزيادات دون المهمات ، كالزيارة والعمارة واستنماء المال بالتجارة ، وتعجيل حجة الإسلام وأشباهها .

فرع : زنت المعتدة عن وفاة في عدتها وهي بكر ، فعلى السلطان تغريبها ، ولا يؤخره إلى انقضاء عدتها ، وقيل : لا تغريب ، والصحيح الأول[1] .

فصل : على الزوج أن يسكن مستحقة السكنى من المعتدات مسكناً يصلح لمثلها ، فإن كان مسكن النكاح كذلك ، فلا معدل عنه . وحيث قلنا : تجب ملازمة مسكن النكاح ، فهذا مرادنا به ، فإن أسكنها في النكاح داراً فوق سكنى مثلها ، فطلقها وهي فيها ، فله أن لا يرضى الآن ، وينقلها إلى دار بصفة استحقاقها ، ولو رضيت بدار خسيسة ، فطلقها وهي فيها ، فلها أن تطلب النقل إلى ما يليق بها ، ويلزمه الابدال . وفي الصورتين احتمال ذكره في « البسيط » ، والمعروف للأصحاب

(١) التصريح بالترجيح من عند الشيخ وفي كلام الرافعي إشارة إليه .
وقال الشيخ البلقيني : تقييده بعدة الوفاة إن كان لمدرك أنه لا يتصور عدة دون دخول إلا فيها فلا نسلم من جهة أن الدخول يفرض بالوطء في الدبر ، فكان ينبغي أن نقول زنت المعتدة وهي بكر وإن كان التقييد لأمر آخر فهو تحكم ، انتهى .

ما سبق ، وينبغي أن ينقلها إلى مسكن قريب من موضعها الأول ، ولا تنقل إلى الأبعد مع وجود الأقرب . وظاهر كلام الأصحاب أن رعاية هذا القريب واجبة ، واستبعد الغزالي الوجوب ، وتردد في الاستحباب[١] .

فصل : يحرم على الزوج مساكنة المعتدة في الدار التي تعتد فيها ومداخلتها ، لأنه يؤدي إلى الخلوة بها ، وخلوته بها كخلوته بالأجنبية ، ويستثنى من ذلك موضعان .

أحدهما : أن يكون في الدار محرم لها من الرجال ، أو محرم له من النساء[٢] ، أو من في معنى المحرم ، كزوجة أخرى وجارية ، ولا بد في المحرم ومن في معناه من التمييز ، فلا عبرة بالمجنون ، والصغير الذي لا يميز ، واشترط الشافعي رضي الله عنه البلوغ ، قال القاضي أبو الطيب : لأن من لم يبلغ ، لا تكليف عليه ، فلا ينكر الفاحشة . وقال الشيخ أبو حامد : يكفي عندي حضور المراهق ، والنسوة الثقات كالمحرم على الصحيح ، ويكفي حضور المرأة الواحدة الثقة ، على الأصح[٣] ، وبه قطع صاحب « الشامل » وغيره ، والحكاية عن الأصحاب ، أنه لا يجوز أن يخلو رجلان بامرأة واحدة ، ويجوز أن يخلو الرجل بامرأتين ثقتين ، لأن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل[٤] ، ثم لا يخفى أن مساكنة الزوج والمحرم ومن في معناه ، إنما يفرض فيما إذا كان في الدار زيادة على

---

(١) ما نسبه إلى الغزالي من التردد في الاستحباب .
قال في الشرح الصغير : ورأى رده إلى الاستحباب وكأنه أولى فإنه منع لإمامه ولما حكى الإمام مراعاة القرب عن العراقيين والقاضي الحسين قال : والذي أرى القطع به ها هنا أن رعاية القرب في مسكن النكاح لا تجب أصلاً ولست أرى متمسكاً في الوجوب بل ولا أرى له أصل في الاستحباب . نعم لا سبيل إلى الخروج من البلد .

(٢) قال الشيخ البلقيني : كلامه يوهم أن محرمها من النساء لا يكفي وليس كذلك فقد صرح بأن المرأة الواحدة الأجنبية الثقة كافية على الأصح ، وحينئذ فمحرمها من النساء إذا كانت ثقة أولى بالجواز ، وذكره في الخادم ولم يعزه للشيخ .

(٣) لم يصرح الرافعي بتصحيح بل حكى الخلاف فيه عن الوسيط .

(٤) قال في الخادم ما حكاه عن الأصحاب من عدم جواز خلوة الرجلين لا يخالف ما ذكره في كتاب الحج وكتاب الصلاة لأن الذي ذكره في الصلاة أن إمامة الرجال هو أولى من إمامة النساء وليس فيه تعرض للخلوة .

سكنى مثلها ، فإن لم يكن كذلك ، فعلى الزوج تخليتها للمعتدة ، والانتقال عنها ثم المساكنة ، وإن جازت بسبب المحرم ، فالكراهة باقية ، لأنه لا يؤمن النظر .

الموضع الثاني : إذا كان في الدار حجرة ، فأراد أن يسكن أحدهما ويسكنها الأخرى ، فإن كانت مرافق الحجرة كالمطبخ والمستراح ، والبئر ، والمصْعد إلى السطح في الدار ، لم يجز إلا بشرط المحرم ، وإن كانت المرافق في الحجرة ، جاز ، كالحجرتين والدارين المتجاورتين[1] وحكم السفلي والعلوي ، حكم الدار والحجرة ، ثم ذكر البغوي والمتولي وغيرهما ، أنه يشترط أن لا يكون ممر إحداهما على الأخرى ، ويغلق الباب بينهما أو يسد ، وهذا حسن . ويؤيده ما ذكره الأئمة أنه لو كانت الدار واسعة ولم يكن فيها إلا بيت والباقي صفف ، لم يجز أن يساكنها وإن كان معها محرم ، لأنها لا تتميز من المسكن بموضع ، فإن قال : أنا ابني بيني وبينها حائلاً ، وكان الذي يبقى لها سكنى مثلها ، فله ذلك ، ثم إن جعل باب ما يسكنه خارجاً عن مسكنها ، فلا حاجة إلى المحرم ، وإن جعله في مسكنها ، لم يجز أن يسكنه إلا بشرط المحرم أو من في معناه ، وقيل : لا يشترط اختلاف الممر ، بل يكفي أن يغلق على الحجرة باب . ولو كانا في بيتين من دار كبيرة ، وانفرد كل بباب يغلق ، جاز على الأصح كبيتين من خانٍ .

فصل : إذا كانت معتدة بالأقراء أو الحمل ، لم يصح بيع المسكن الذي يستحق فيه السكنى ، سواء كان لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل ، أم لا[2] .

وإن كانت تعتد بالأشهر ، ففي صحة بيعه قولان ، كالدار المستأجرة ، وقيل : لا يصح قطعاً ، ويجري الطريقان سواء كانت تتوقع مجيء الحيض في أثناء الشهر ، بأن كانت بنت تسع سنين فصاعداً ولم تحض ، أو لا تتوقعه كالآيسة ، وبنت سبع سنين . وقيل : لا يصح البيع في الصورة الأولى قطعاً ، فإن جوزنا البيع ، فحاضت وانتقلت إلى الأقراء ، خرج ذلك على اختلاط الثمار المبيعة بالحادثة بعد البيع فيما لا

---

(١) ما ذكره في الجواز في الصورتين واشتراط المحرم في الأولى دون الثانية مشكل جداً ، أما الأول فلأن المحرم لا يلازمها على الدوام ولا يكون معها في أوقات الحاجات .

(٢) قال ابن الرفعة : وهذا ظاهر في الحمل ، أما في الاقراء ففيه نظر لأن العادة فيها تدوم وإن اضطربت بزيادة أو نقص .

يغلب فيه التلاحق ، وفيه قولان سبقا . أظهرهما : لا ينفسخ البيع ، بل يثبت الخيار للمشتري[١] .

فرع : لو كان المنزل مستعاراً، لازمته ما لم يرجع المعير، وليس للزوج نقلها ، وقيل : له نقلها في البلد الذي لا يعتاد فيه إعادة المنزل ، كيلا يلحقه منة ، والصحيح الأول . وإذا رجع ، قال المتولي وغيره : على الزوج أن يطلبه منه بأجرة ، فإن امتنع أو طلب أكثر من أجرة المثل ، نقلها ، وإن نقلها ثم بذل المنزل الأول مالكه[٢] ، قال الروياني : إن بذله بإعارة ، لم يلزم ردها إليه ، وإن بذل بأجرة ، فإن كان المنقول إليه مستعاراً ، وجب ردها إلى الأول ، وإن كان بأجرة ، فوجهان .

فرع : كان المنزل الذي تعتد فيه مستأجراً ، فانقضت مدة الإجارة ولم يجدد المالك إجارة ، فلا بد من نقلها ، وإذا وجب النقل في هذه الصور ، فالقول في تحرِّي أقرب المواضع على ما سبق .

فرع : إذا كانت تسكن منزل نفسها ، ففي « المهذب » و« التهذيب » أنه يلزمها أن تعتد فيه ، ولها طلب الأجرة ، والأصح ، ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره أنها إن رضيت بالإقامة فيه بإعارة أو إجارة ، جاز وهو الأولى ، وإن طلبت نقلها ، فلها ذلك ، إذ ليس عليها بذل منزلها بإعارة ولا إجارة .

فرع : لو طلقها وهي في منزل مملوك للزوج ، ثم أفلس وحجر عليه ، بقي لها حق السكنى ، وتُقدَّم به على الغرماء ، وكذا لو مات وعليه ديون ، تقدَّم به على حق الغرماء والورثة ، وهل للحاكم بيع رقبة المسكن ؟ فيه الطريقان السابقان ، ولو أفلس وحجر عليه ، ثم طلقها ، ضاربت الغرماء بالسكنى ، وليس ذلك كدين

---

(١) وما أطلقه من ثبوت الخيار للمشتري لا ينبغي أن يكون على إطلاقه والقياس تخصيصه بما إذا كانت المدة الاقراء أكثر من بقية الاعتداد بالأشهر وإلا فلا خيار له ، واعلم أن هذا التخريج ذكره الإمام من تصرفه ونازعه فيه ابن الرفعة .

(٢) ما نقله عن المتولي أنه إذا رضي المعير بالأجرة لزم الزوج بذلها يقتضي أنه لا فرق بين أن يقدر على مسكن بلا أجرة أو لا ، ويشبه أنه إذا قدر على مسكن مجاناً أو بإعارة أو وصية أو حدث له دار بشراء أو إرث وغيره أن لا يلزم له بذل الأجرة ، وكلام الوسيط يدل على أنه لا يلزمه بذل الأجرة إذا وجد داراً لائقة مجاناً .

حادث ، لأن حقها مستند إلى سبب متقدم على الحجر وهو النكاح والوطء فيه ، ولو طلقها وليست في منزل له ، ضاربتهم بالأجرة ، سواء تقدم الطلاق أو تأخر ، لأن حقها هنا مرسل غير متعلق بعين .

ومتى ضاربت ، فإن كانت عدتها بالأشهر ، ضاربت بأجرة المثل للأشهر ، وإن كانت بالأقراء أو الحمل ، نظر ، إن لم تكن لها عادة فيهما ، فوجهان . أصحهما : تضارب بأقل مدة يمكن انقضاء الأقراء فيها ، والحامل بأجرة ما بقي من أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من حين العلوق ، لأن استحقاق الزيادة مشكوك فيه . والثاني : تؤخذ بالعادة الغالبة ، فتضارب ذات الأقراء بأجرة ثلاثة أشهر ، والحامل بما بقي من تسعة أشهر ، وهذا اختيار صاحب « الحاوي » .

وإن كانت لها عادة مستقيمة فيهما ، ضاربت بأجرة مدة العادة على الصحيح ، وقيل بالأقل ، وإن كان لها عادات مختلفة ، وراعينا العادة ، فالمعتبر أقل عاداتها .

وإذا ضاربت بأجرة مدة ، وانقضت العدة على وفق تلك المضاربة ، فهل ترجع على المفلس بالباقي من الأجرة عند يساره ؟ حكى الشيخ أبو علي فيه طريقين ، أحدهما : على وجهين بناءً على أن الزوجة إذا لم تطالب بالسكنى في النكاح أو في العدة مدة ، هل تصير سكنى المدة الماضية ديناً لها عليه ، وتطالبه بها ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . وأصحهما : القطع بالرجوع ، كما في الباقي من ديون الغرماء ، بخلاف مسألة الوجهين ، لأنها هنا طلبت الجميع ، ولكن زحمة الغرماء منعتها ، ولو انقضت العدة قبل تمام المدة التي ضاربت لها ، ردت الفضل على الغرماء ، وفي رجوعها على المفلس بما تقتضيه المحاصّة للمدة المنقضية الطريقان .

ولو امتدت العدة وزادت على مدة المضاربة ، ففي رجوعها بحصة المدة الزائدة على الغرماء ثلاثة أوجه . أصحها : الرجوع ، لأنا تبيَّنا استحقاقها ، كما لو ظهر غريم ، ولها أن ترجع على المفلس إذا أيسر ، والثاني : لا ترجع على الغرماء ، لئلا تغير ما حكمنا به ، وينسب هذا إلى النص ، وصححه الروياني في « التجربة » والثالث : ترجع الحامل لأنه حسّيٌّ دون ذات الأقراء ، فإنها متهمة بتأخيرها ، وإذا قلنا : لا ترجع على الغرماء ، رجعت على الزوج على الأصح إذا أيسر ، قال

الإمام : والخلاف في رجوعها على الغرماء ، إذا لم يصدقوها ، فإن صدقوها رجعت عليهم بلا خلاف ، قال : وفي غير صورة الإفلاس إذا مضى زمن العادة ، فادعت مزيداً ، وتغيراً في العادة ، فالذي يدل عليه كلام الأصحاب ، أنها تصدق بلا خلاف ، وعلى الزوج الاسكان ، قال : وفيه احتمال ، لأنا إذا صدقناها ربما تمادت في دعواها إلى سن اليأس .

فرع : إذا ضاربت في صورة الإفلاس بالأجرة ، استؤجر بحصتها المنزل الذي وجبت فيه العدة ، فإن تعذر ، فأقرب الممكن كما سبق . قال ابن الصباغ : فإذا جاوزت مدة ما أخذت أجرته ، سكنت حيث شاءت .

فرع : لو كانت المطلقة رجعية ، أو حاملاً ، استحقت مع السكنى النفقة ، وتضارب الغرماء عند إفلاس الزوج بالنفقة والسكنى ، والقول في كيفية المضاربة والرجوع كما سبق ، ولكن إذا قلنا : إن نفقة الحامل لا تعجل ، لم يدفع إليها حصة النفقة في الحال .

فصل : إذا طلقها وهو غائب ، وهي دار له بملك أو إجارة ، اعتدت فيها ، وإن لم يكن له مسكن وله مال ، اكترى الحاكم من ماله مسكناً تعتد فيه إن لم يجد متطوعاً به ، فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه ، واكترى ، فإذا رجع ، قضاه ، فإن أذن لها أن تعترض عليه ، أو تكتري المسكن من مالها ، ففعلت ، جاز ، وترجع ، ولو اكترت من مالها ، أو اقترضت بقصد الرجوع ، ولم تستأذن الحاكم ، نظر ، إن قدرت على الاستئذان أو لم تقدر ولم تشهد ، لم ترجع ، وإن لم تقدر أو أشهدت ، رجعت على الأصح ، وكل هذا على ما سبق في مسألة هروب الجمال ونظائرها .

فرع : إذا مضت مدة العدة ، أو بعضها ، ولم تطلب حق السكنى ، سقط ، ولم يصر ديناً في الذمة ، نص عليه ، ونص أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان ، بل تصير ديناً في الذمة ، فقيل : قولان فيهما لترددهما بين الديون ونفقة القريب ، والمذهب تقرير النصين ، والفرق بأن النفقة بالتمكين ، وقد وجد ، والسكنى لصيانة مائه على موجب نظره ، ولم يتحقق ، وحكم السكنى في صلب النكاح كما ذكرنا في العدة .

فصل : إذا مات الزوج في خلال العدة ، لم يسقط ما استحقته المبتوتة من السكنى ، وإذا استحقت السكنى ، أو مات عنها وهي زوجة وقلنا : تستحق السكنى ، فإن كانت في مسكن مملوك للزوج ، لم يقسمه الورثة حتى تنقضي العدة ، ولو أرادوا التمييز بخطوط ترسم من غير نقض وبناء ، جاز إن قلنا : القسمة إفراز ، وإن قلنا : بيع ، فحكم بيع مسكن العدة كما سبق ، وقيل : إن قلنا : إفراز ، فلهم القسمة كيف شاؤوا ، والصحيح الأول . وإن كان في مسكن مستأجراً أو مستعاراً ، واحتيج إلى نقلها ، فعلى الوارث أن يستأجر لها من التركة ، فإن لم يكن تركة ، فليس على الوارث إسكانها . فلو تبرع به ، لزمها الاجابة ، وإذا لم يتبرع ، ففي « التهذيب » أنه يستحب للسلطان أن يسكنها من بيت المال ، لا سيما إذا كانت تتهم بريبة ، ولفظ الروياني في « البحر » أن السلطان لا يلزمه أن يكتري لها ، إلا عند الريبة فيلزمه[1] .

وإذا قلنا : لا تجب السكنى في عدة الوفاة ، فالمذهب أن للورثة إسكانها حيث أرادوا ، وبهذا قطع الأصحاب . وحكى الغزالي وجهين ، أصحهما هذا ، والثاني : أنه إنما تلزمها الإجابة ، وإذا توقع شغل الرحم بالماء ، فإن لم يتبرع الوارث بإسكانها ، فللسلطان أن يحصنها بالإسكان . وفي « الوسيط » و« البسيط » ، أنه ليس للسلطان تعيين المسكن ، بخلاف الوارث ، والأول هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجماهير ، وإذا لم يسكنها الوارث والسلطان ، سكنت حيث شاءت ، فلو أسكنها أجنبي متبرع ، قال الروياني : إن لم يكن المتبرع ذا ريبة ، فهو كالوارث ، فعليها أن تسكن حيث يسكنها .

قلت : وفي هذا نظر[2] . والله أعلم .

---

(١) ويخرج منه اللزوم وجهان ويمكن جعلها قولاً فإن الشافعي في المختصر قال : وللسلطان أن يسكنها حيث يرضى لئلا يلحق بالزوج من ليس منه ، وهو ظاهر في عدم الإلحاق .
وقال في الأم : كان على السلطان تحصينها حيث يرضى لئلا يلحق بالمطلق أو الميت ولدا ليس منه ، وهذا هو الظاهر ، وتنزل نص المختصر عليه وعليه جرى الماوردي فصرح بأن على قول إيجاب السكنى وتعذرها من التركة يجب صرف ذلك من بيت المال ولم يقبل ذلك لخوف فساد ولا تهمة ، وبه صرح به ابن القطان في فروعه ، وما قاله الروياني صرح به القاضي الحسين في تعليقه وكذلك إبراهيم المروذي في تعليقه .

(٢) اعلم أن هذا الذي نقله عن الروياني سبقه إليه الماوردي في الحاوي والنظر الذي اشار إليه صعيف ، =

فرع : للواطىء بشبهة أو في نكاح فاسد إسكان المعتدة .

فصل في مسائل تتعلق بالعدد : إحداها : إذا طلق الغائب ، أو مات ، فالعدة من حين الطلاق أو الموت ، لا من بلوغ الخبر .

الثانية : لو نكحت المعتدة بعد مضي قرء ، ووطئها الزوج الثاني ، ثم جاء الأول ووطئها بشبهة ، ثم فرق بينهما وبين الثاني ، فتشتغل بالباقي من عدة الطلاق وهو قرءانِ ، ويدخل فيه قرءانِ من عدة وطء الشبهة ، ثم تعتد عن الثاني بثلاثة أقراء ، ثم تعتد عن الأول بقرء لما بقي من عدة الشبهة ، ذكره القفال في « الفتاوى » .

الثالثة : مات زوج المعتدة ، فقالت : انقضت عدتي قبل موته ، لا يقبل قولها في ترك العدة ، ولا ترث لإقرارها .

الرابعة : في فتاوى القفال : أن المعتدة لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج ، لم يصح الإسقاط ، لأن السكنى تجب يوماً فيوماً ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب .

الخامسة : في فتاوى القفال : أن المنكوحة لو وطئت بشبهة ، وصارت في العدة ، فوطئها الزوج ، لم يقطع وطؤه عدة الشبهة ، لأن وطء الزوج لا يوجب عدة ، فلا يقطعها كما لو زنت المعتدة .

الباب الخامس في الاستبراء[1]

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : فيما يتعلق بنفس الاستبراء ، فإن كانت المستبرأة من ذوات الأقراء ،

= والفرق بينه وبين تبرع الأجنبي بأداء الدين أن حفظ الأنساب مطلوب فهو من باب الحسبة العامة بخلاف أداء الدين ويشهد لذلك نص الشافعي في الأم حيث قال ، ولو كان المنزل لها أو لقوم فلم يخرجوها منه لم يجز أن يخرج منه حتى تنقضي عدتها فقد منع الخروج في المسكن الذي لغير الزوج ، ولم ينظر للمنة في ذلك بل ألزمها المقام فيه . نعم لا يبعد تخريج خلاف فيه من الخلاف فيما لو كان المنزل مستعاراً أن للمطلق نقلها في البلد الذي لا يعتاد أهله اعتبار المنزل على وجه ضعيف فلا يحتاج إلى تحمل المنة .

(١) وجعله الرافعي في المحرر فصلاً لكونه تابعاً لباب العدة .

استبرأت بقرء ، وهو حيض على الجديد الأظهر ، وفي قول : هو طهر . وفي وجه : أن استبراء أم الولد لموت السيد أو إعتاقه بطهر ، والأمة التي يحدث ملكها بحيض ، فإن قلنا : القرء هو الطهر ، فصادف وجوب الاستبراء آخر الحيض ، كان الطهر الكامل بعده استبراءً . وهل يكفي ظهور الدم بعده ، أم يعتبر يوم وليلة ؟ فيه الخلاف السابق في العدة . وفي وجه : لا بد من مضي حيضة كاملة بعد ذلك الطهر ، وهو ضعيف عند الغزالي وغيره ، وصححه الروياني ، وإن وجد سبب الاستبراء وهي طاهر ، فهل يكفي بقية الطهر ؟ وجهان . أحدهما : يكفي كما في العدة ، وهذا هو الراجح في « البسيط » ، وحكاه الماوردي عن البغداديين . والثاني : لا يكفي ، ولا ينقضي الاستبراء حتى تحيض بعده ثم تطهر ، وبه قطع البغوي ، وحكاه الماوردي عن البصريين[1] . وإذا قلنا : القرء الحيض ، لم يكف بقية الحيض ، بل يعتبر حيضة كاملة . فلو كانت حائضاً عند وجوب الاستبراء ، لم ينقض الاستبراء حتى تطهر ، ثم تحيض حيضة ، ثم تطهر ، وإذا تباعد حيض ذات الأقراء ، فحكمها في التربص إلى سن اليأس حكم المعتدة . فإن كانت المستبرأة من ذوات الأشهر ، فهل تستبرىء بشهر ، أم بثلاثة ؟ قولان . أظهرهما عند الجمهور : بشهر ، لأنه بدل قرء ، ورجح صاحب « المهذب » وجماعة ، الثلاثة ، وإن كانت حاملاً ، نظر ، إن زال فراشه عن مستولدته ، أو أمته الحامل ، فاستبراؤها بوضع الحمل . فإن ملك أمة ، فقد أطلق المتولي ، أن الحكم كذلك إن كان الحمل ثابت النسب من زوج ، أو وطء بشبهة ، والأصح التفصيل . فإن ملكها بِسَبْيٍ حصل الاستبراء بالوضع ، وإن ملك بالشراء ، فإن كانت حاملاً من زوج وهي في نكاحه أو عدته ، أو من وطء شبهة وهي معتدة من ذلك الوطء ، فسيأتي إن شاء الله تعالى أنه لا استبراء في الحال على المذهب . وفي وجوبه بعد العدة خلاف ، وإذا كان كذلك ، فليس الاستبراء بالوضع ، لأنه إما غير واجب ، وأما مؤخر عن الوضع . وذكر البغوي في حصول

= وهي في اللغة طلب البراءة .

وشرعاً : تربص الأمة مدة بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً لمعرفة براءة الرحم أو للتعبد .

(١) وما حكاه عن الماوردي فيه إخلال ، أما ما عزاه للبغداديين فإنه يقتضي الاكتفاء ببقية الطهر وليس كذلك بل صرح الماوردي عنهم بأنه لا بد أن يضم إليه حيضة كاملة ليعرف بها براءة الرحم ببقية الطهر ، ولا يكتفى برؤية الدم أو يوم وليلة هنا قطعاً ، لأن بعض الطهر ليس قرءاً على الحقيقة فقوي بالحيضة الكاملة بعده وجرى عليه الشيخ نصر المقدسي في التهذيب وصاحب الذخائر وغيرهما .

الاستبراء في الوضع قولين . ولو كان الحمل من زنا ، ففي حصول الاستبراء بوضعه حيث يحصل في ثابت النسب ، وجهان . أصحهما : الحصول[١] ، لإطلاق الحديث ، ولحصول البراءة بخلاف العدة ، فإنها مخصوصة بالتأكيد ، ولهذا اشترط فيها التكرار . فإن قلنا : لا يحصل ، ورأت دماً على الحمل ، وقلنا : هو حيض ، حصل الاستبراء بحيضة على الحمل على الأصح . وإن قلنا : ليس بحيض ، أو لم تر دماً ، فاستبراؤها بحيضة بعد الوضع . ولو ارتابت المستبرأة بالحمل في مدة الاستبراء أو بعدها ، فعلى ما ذكرناه في العدة .

الطرف الثاني : في سبب الاستبراء ، وهو سببان[٢] .

السبب الأول : حصول الملك ، فمن ملك جارية بإرث أو هبة ، أو شراء أو وصية ، أو سبي ، أو عاد ملكه فيها بالرد بالعيب ، أو التحالف ، أو الإقالة ، أو خيار الرؤية ، أو الرجوع في الهبة ، لزمه استبراؤها ، سواء في الإقالة ونحوها ، ما قبل القبض وبعده ، وسواء كان الانتقال إليه ممن يتصور اشتغال الرحم بمائه أو ممن لا يتصور ، كامرأة وصبي ونحوهما ، وسواء كانت الأمة صغيرة ، أو آيسة ، أو غيرهما ، بكراً ، أو ثيباً ، وسواء استبرأها البائع قبل البيع ، أم لا . وعن ابن سريج تخريج في البكر : أنه لا يجب[٣] . وعن المزني : أنه إنما يجب استبراء الحامل والموطوءة . قال الروياني : وأنا أميل إلى هذا ، واحتج الشافعي رحمه الله بإطلاق الأحاديث في

---

(١) والتصريح بالتصحيح هو ظاهر إيراد الرافعي لكنه لم يصرح به ، وبه جزم الماوردي وغيره بل هو ظاهر نص الأم حيث قال : ولا يحل له الوطء إلا بوضع جميع حملها إذا كان حملها من غير سيدها وغير زوج إلا زوج قد طلق الحيض حتى تُعيد ما تركته من الصلاة ، وإن ظننا أن سبب انحباس الدم العلوق فالحكم منوط بمقدار الدم وأسباب الانحباس مغيبة لا تحيط العلوم بها . انتهى . قاله في الخادم .

(٢) حصره في السببين مردود .

(٣) وحكاه في النهاية عن صاحب التقريب قال : لكنه خصه بالمسبية وهو مطرح من نفسه فلا اعتداد به . انتهى .

وفي محاسن الشريعة للقفال نفي الخلاف فيه فإنه قال : ولا يختلف عند أصحابنا حكم الاستبراء لمن ملك أمة بأي وجوه الملك كان من بيع أو هبة أو غيرها ولا فيمن وقع الملك في رجل أو امرأة ولا في بكر أو ثيب .

سبايا أوطاس[1] ، مع العلم بأن فيهن الصغار ، والأبكار ، والآيسات . ولا يجب على بائع الأمة استبراؤها قبل البيع ، سواء وطئها أم لا ، لكنه يستحب إن كان وطئها ليكون على بصيرة منها . ولو أقرض جارية لمن لا تحل له ، ثم استردّها قبل تصرف المقترض فيها ، لزم المقرض استبراؤها إن قلنا : إن القرض يملك بالقبض ، وإن قلنا : بالتصرف ، لم يلزمه .

فرع : كاتَب جاريته ، ثم فسخت الكتابة ، أو عجزها السيد ، لزمها الاستبراء .

فرع : لو حرمت على السيد بصلاة أو صوم ، أو اعتكاف أو رهن ، أو حيض أو نفاس ، ثم زالت هذه الأشياء ، حلت بغير استبراء .

فرع : ارتدت أمته ثم أسلمت ، لزمه استبراؤها على الأصح ، لأنه زال ملك الاستمتاع ثم عاد . قال البغوي : الوجهان مبنيان على الوجهين فيما لو اشترى مرتدة ثم أسلمت ، هل يحسب حيضها في زمن الردة من الاستبراء ؟ فإن قلنا : يحسب ، لم يجب الاستبراء ، وإلا وجب ، ولو ارتد السيد ثم أسلم ، فإن قلنا : يزول ملكه بالردة ، لزمه الاستبراء قطعاً ، وإلا فعلى الأصح كردة الأمة .

فرع : أحرمت ثم تحللت ، فالمذهب وبه قطع الجمهور : أنه لا استبراء كما لو صامت ثم أفطرت . وقيل : وجهان كالردة .

فرع : زوّج أمته ، فطلقت قبل الدخول ، فهل على السيد استبراؤها ؟ قولان يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى .

فرع : باعها بشرط الخيار ، فعادت إليه بالفسخ في مدة الخيار ، ففي وجوب الاستبراء خلاف ، المذهب منه أنه يجب إن قلنا : يزول ملك البائع بنفس العقد ، وإلا فلا .

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعاً أنه قال في سبايا أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة .

(أحمد في المسند ٣ / ٦٢) ، (والدارمي في السنن ٢ / ١٧٠) ، (والحاكم في المستدرك ٢ / ١٩٥)

وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة .

فرع : اشترى زوجته ، فوجهان . الأصح المنصوص ، أنه يدوم حل وطئها ، ولا يجب الاستبراء ، لكن يستحب[١] ، أما أنه لا يجب ، فلأنه لم يتجدد حل ، ولأنه لا يؤدي إلى اختلاط ماء ، وأما استحبابه ، فلتمييز ولد النكاح عن ولد ملك اليمين ، فإنه في النكاح ينعقد مملوكاً ، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد . وفي ملك اليمين ينعقد حراً وتصير أم ولد . والثاني : يجب الاستبراء لتجدد الملك . ولو اشتراها بشرط الخيار ، فهل له وطؤها في مدة الخيار لأنها منكوحة أو مملوكة ، أم لا للتردد في حالها ؟ وجهان ، قال البغوي ، المنصوص أنه لا يحل . ولو طلقها ثم اشتراها في العدة ، وجب الاستبراء قطعاً ، لأنه ملكها وهي محرمة عليه . ولو اشترى زوجته ثم أراد تزويجها لغيره ، لم يجز إن كان دخل بها قبل الشراء إلا بعد قرءين ، لأنه إذا انفسخ النكاح وجب أن تعتد منه ، فلا تنكح غيره حتى تنقضي عدتها بقرءين . فلو مات عقب الشراء ، لم يلزمها عدة الوفاة ، بل تكمل عدة الانفساخ ، كذا ذكره ابن الحداد ، وحكى عن نصه في « الإملاء »[٢] .

فرع : اشترى مزوجة أو معتدة عن زوج ، أو وطء شبهة ، والمشتري عالم بالحال أو جاهل ، وأجاز البيع ، فلا استبراء في الحال ، لأنها مشغولة بحق غيره . فإن طلقت قبل الدخول أو بعده ، وانقضت عدة الشبهة ، فهل يلزم للمشتري الاستبراء ؟ قولان . أظهرهما : نعم . وقد يقال : يجب الاستبراء ، ويرد الخلاف إلى أنه هل تدخل في العدة ؟ واستنبط القاضي حسين من القولين عبارتين يتخرج عليهما مسائل .

إحداهما : أن الموجب للاستبراء حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع .

والثانية : أن الموجب حدوث حل الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين ،

---

(١) محل ما ذكره الشيخ إذا كان الزوج حراً ، فإن كان مكاتباً قال ابن الرفعة فإن كان مكاتباً ، قال الماوردي : ينفسخ نكاحه ولا يحل له وطؤها إن لم يأذن السيد ، فإن أذن فقولان .

(٢) وجرى عليه القاضي أبو الطيب في شرح الفروع . قال : لأن النكاح قد زال قبل موته بملكه إياها ومات وليس بزوج وذكر في المطلب أن الشافعي نص عليه في الأم في باب استبراء أم الولد أو مات ، ومعنى هذا الاستثناء إذا طلق أو مات ثم وضعت الحمل اكتفى به وهو تفريع على القول بالاكتفاء بوضع حمل المعتدة من غير حاجة إلى استبراء بعده لكن المرجح خلافه .

فعلى العبارة الأولى : لا يجب الاستبراء عند انقضاء العدة ، لأنه لم يحدث حينئذ ملك ، وعند حدوثه لم يكن محل الاستمتاع فارغاً ، وعلى الثانية : يجب . وخرج بعضهم عليهما الخلاف فيما لو اشترى مجوسية فحاضت ثم أسلمت ، هل يلزم الاستبراء بعد الإسلام ، أم يكفي ما سبق ؟ وكذا الخلاف فيما لو زوج وطلقت قبل الدخول ، هل على السيد استبراء ؟ فعلى الأولى ، لا . وعلى الثانية ، نعم . ويجري الخلاف فيما لو زوجها وطلقت بعد الدخول وانقضت عدتها ، أو وطئت بشبهة وانقضت عدتها .

وإذا قلنا : فيما إذا اشترى مزوجة وطلقت ، لا يجب الاستبراء ، فلمن يريد تعجيل الاستمتاع أن يتخذ ذلك حيلة في اندفاع الاستبراء ، فيسأل البائع أن يزوجها ثم يشتريها ، ثم يسأل الزوج أن يطلقها ، فتحل في الحال ، لكن لا يجوز تزويج الموطوءة إلا بعد الاستبراء ، فإنما يحصل الغرض إذا لم تكن موطوءة ، أو كان البائع قد استبرأها .

وإذا كانت الجارية كذلك ، فلو أعتقها المشتري في الحال ، وأراد أن يزوجها البائع أو غيره ، أو يتزوجها بنفسه ، جاز على الأصح ، ذكره البغوي وغيره . فعلى هذا ، من يريد تعجيل الاستمتاع يمكنه أن يعتقها في الحال ويتزوجها ، ولا يحتاج إلى سؤال البائع أن يزوجها أولاً إذا كان يسمح بفوات ماليتها .

فرع : إذا تم ملكه على جميع جارية كانت مشتركة بينه وبين غيره ، لزمه الاستبراء ، ولو أسلم في جارية وقبضها ، فوجدها بغير الصفة المشروطة فردها ، لزم المسلم إليه الاستبراء .

فرع : إذا كانت الجارية المشتراة محرماً للمشتري ، أو اشترتها امرأة أو رجلان ، فلا معنى للاستبراء إلا فيما يرجع إلى التزويج .

فرع : ظهر بالمشتراة حمل فقال البائع : هو مني ، نظر ، إن صدقه المشتري ، فالبيع باطل باتفاقهما ، والجارية مستولدة للبائع . وإن كذبه ، نظر ، إن لم يقر البائع بوطئها عند البيع ولا قبله ، لم يقبل قوله ، كما لو قال بعد البيع : كنت أعتقته ، لكن يحلف المشتري ، أنه لا يعلم كون الحمل منه . وفي ثبوت نسبه من

البائع خلاف ، لأنه يقطع إرث المشتري بالولاء ، وإن كان أقر بوطئها ، نظر ، إن كان استبرأها ثم باعها ، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت استبراء المشتري ، فالولد لاحق بالبائع ، والجارية مستولدة له ، والبيع باطل ، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر ، لم يقبل قوله ، ولم يلحقه الولد ، لأنه لو كان ملكه ، لم يلحقه ، ثم ينظر ، إن لم يطأها المشتري ، أو وطئها وولدت لدون ستة أشهر من وقت وطئه ، فالولد مملوكه . وإن ولدته لستة أشهر فأكثر من وطئه ، فالولد لاحق بالمشتري ، والجارية مستولدة له . وإن لم يستبرئها البائع قبل البيع ، نظر ، إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت استبراء المشتري ، أو لأكثر ولم يطأها المشتري ، فالولد للبائع ، والبيع باطل . وإن وطئها المشتري وأمكن أن يكون من هذا ، وأن يكون من ذاك ، عرض على القائف .

فرع : لا يجب في شراء الأمة التي كان البائع يطؤها إلا استبراء واحد ، لحصول البراءة ، فلو اشتراها من شريكين وطئاها في طهر واحد ، فهل يكفي استبراء لحصول البراءة ، أم يجب استبراءان كالعدتين من شخصين ؟ وجهان . ويجريان فيما لو وطئاها وأرادا تزويجها ، فهل يكفي استبراء ، أم يجب استبراءان . ولو وطىء أجنبيان أمة كل يظنها امته ، قال المتولي : وطء كل واحد يقتضي استبراءً بقرء . وفي تداخلهما وجهان . أصحهما : المنع[1] .

فصل : من ملك أمة ، لم يجز له وطؤها حتى ينقضي الاستبراء . وأما الاستمتاع بالقبلة واللمس والنظر بشهوة ونحوها[2] ، فحرام إن ملكها بغير السبي ، وإن ملكها بالسبي ، فحلال على الأصح .

وإذا طهرت من الحيض وتم الاستبراء ، بقي تحريم الوطء حتى تغتسل ، ويحل الاستمتاع قبل الغسل على الصحيح .

---

(١) وقياسه أنه لو كثر عدد الشركاء الواطئين تعدد الاستبراء وهو بعيد وصحح صاحب الكافي الاكتفاء بواحد لأن المقصود معرفة براءة الرحم واعلم أن المذكور في العدد إن وطء الشريكين يوجب استبراءين على الصحيح ولم يتعرض للانتقال من ملك الشريكين إلى ثالث كما هي المسألة هنا لكنه لازم هنا .

(٢) تقييده النظر بالشهوة يفيد أن مجرد النظر لا يمنع وكلام الرافعي والجمهور دال على جوازه ولهذا جاز النظر إلى أمة الغير بغير شهوة ، وإلا لم يكن لتخصيص المنع بالنظر بشهوة معنى ، وأطلق ابن القطان في فروعه تحريم النظر ولعله محمول على ما إذا كان بشهوة .

فصل : وجوب الاستبراء لا يمنع المالك من إثبات اليد على الجارية ، بل هو مؤتمن فيه شرعاً ، لأن سبايا أوطاس لم ينزعن من أيدي أصحابهن ، وسواء كانت حسناء أم قبيحة .

فصل : لو مضى زمن الاستبراء بعد الملك وقبل القبض ، هل يعتد به ؟ نظر ، إن ملك بالإرث ، اعتد به ، وإن ملك بالهبة ، فلا . وإن ملك بالشراء ، اعتد به على الأصح ، وفي الوصية ، لا يعتد بما قبل القبول ، ويعتد بما بعده على المذهب[١] .

ولو وقع الحمل أو الحيض في زمن خيار الشرط في الشراء ، فإن قلنا : الملك للبائع ، لم يحصل الاستبراء . وإن قلنا : للمشتري ، لم يحصل أيضاً على الأصح ، لضعف الملك . وقيل : يحصل ، وقيل : يحصل في صورة الحمل دون الحيض ، لقوة الحمل .

فرع : لو اشترى مجوسية أو مرتدة ، فمضت عليها حيضة ، أو ولدت ثم أسلمت ، فهل تعتد بالاستبراء في الكفر لوجود الملك ، أم يجب بعد الإسلام ليستعقب حل الاستمتاع ؟ وجهان ، أصحهما الثاني .

فرع : إذا اشترى العبد المأذون له جارية ، فللسيد وطؤها إن لم يكن على العبد دين ، فإن كان ، لم يجز ، لئلا يحبلها . فإن انفكت عن الديون بقضاء أو إبراء ، وقد جرى قبل الانفكاك ما يحصل به الاستبراء ، فهل يعتد به ، أم يشترط وقوع الاستبراء بعد الانفكاك ؟ وجهان كالمجوسية ، أصحهما الثاني ، وبه قطع العراقيون[٢] .

---

(١) قضيته أنه لا يعتد بالاستبراء الواقع بعد الملك وقبل القبض جزماً إلا في الإرث خاصة وبه صرح البندنيجي فقال : كل من استبرأت قبل قبضها لم يقع الاستبراء موقعه في جميع جهات الملك إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا ملكها ميراثاً فاستبرأت قبل حيضها وقع الاستبراء موقعه . انتهى . والظاهر أن كل ملك مستقر حصل بغير معاوضة كالإرث في ذلك وهو ما ذهب إليه الأكثرون كما قاله في الكفارة ، ومنها : ما لو رجع في هبته لولده بعد إقباضه ثم حصل استبراء بعد رجوعه وقبل قبضه ولم أره صريحاً . قاله في الخادم .

(٢) وهو كما قال ، وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وأتباعهما ونقله الماوردي عن الأصحاب .

ولو رهنها قبل الاستبراء ، ثم انفك الرهن ، قال في « الشامل » : يجب استبراؤها ، ولا يعتد بما جرى ، وهي مرهونة ، وغلطه الروياني .

فرع : لو وطئها قبل الاستبراء ، أو استمتع بها ، وقلنا بتحريمه ، أثم ، ولا ينقطع الاستبراء ، لأن الملك لا يمنع الاحتساب ، فكذا المعاشرة بخلاف العدة .

فلو أحبلها بالوطء في الحيض ، فإن انقطع الدم ، حلت له لتمام الحيضة ، وإن كانت طاهراً عند الإحبال ، لم ينقض الاستبراء حتى تضع الحمل ، هذا لفظه في « الوسيط »[1] وبالله التوفيق .

السبب الثاني : زوال الفراش عن موطوءة بملك يمين ، فإذا أعتق أمته التي وطئها ، أو مستولدته ، أو مات عنها ، وليست في زوجية ولا عدة نكاح ، لزمها الاستبراء ، لأنه زال عنها الفراش ، فأشبهت الحرة ، ويكون استبراؤها بقرء ، كالممتلكة .

ولو مضت مدة الاستبراء على أم الولد ، ثم أعتقها سيدها ، أو مات عنها ، فهل يكفي ذلك ، أم يلزمها الاستبراء بعد العتق ؟ وجهان ، وقيل : قولان . أصحهما : الثاني ، كما لا تعتد المنكوحة بما تقدم من الأقراء على ارتفاع النكاح ، والخلاف مبني على أن أم الولد ، هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء أو الولادة ، وهل تعود فراشاً للسيد إذا مات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها ، أم لا تعود ولا تحل له إلا بالاستبراء ؟ ولو استبرأ الأمة الموطوءة ، ثم أعتقها ، قال الأصحاب : لا استبراء عليها ، ولها أن تتزوج في الحال ، ولم يطردوا فيها الخلاف الذي في المستولدة ، لأن المستولدة يشبه فراشها فراش النكاح ، ولو لم تكن الأمة موطوءة ، لم تكن فراشاً ، ولم يجب الاستبراء بإعتاقها .

---

(١) ومعنى قوله « لتمام الحيضة » أنه لا بد من مضي يوم وليلة وإلا فلا وأصل هذا قول الإمام إذا وطئها حائضاً فعلقت فإن كان قد مضى من الحيض يوم وليلة فالذي نراه أن الاستبراء قد تم وإن غلب على الظن أن الحيض انقطع بسبب العلوق وإذا كان الذي قد مضى حيض تام فلا نظر إلى السبب الموجب لإيقاعه . وفائدة هذا أنه يجوز له وطؤها في زمن الحمل، وأما عرص الوطء والعلوق قبل مضي يوم وليلة وانقطع الدم بسبب العلوق فيما يظهر لم تعتد بما مضى من الدم وخرج ذلك عن حكم المدخول بها فكذا هنا ، لكن صرح الإمام بخلافه .

فرع : لا يجوز تزويج الأمة الموطوءة قبل الاستبراء ، بخلاف بيعها ، لأن مقصود النكاح الوطء ، فينبغي أن يستعقب الحل . وفي جواز تزويج أم الولد خلاف مذكور في « باب أمهات الأولاد » الأصح الصحة . فعلى هذا ، لا تزوج حتى تستبرأ . ولو استبرأها ، ثم أعتقها ، فهل يجوز تزويجها في الحال ، أم تحتاج إلى استبراء جديد ؟ وجهان(١) .

قلت : أصحهما . والله أعلم .

ولو اشترى أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء ، فإن كان البائع وطئها ، لم يجز إلا أن يزوجها به . وإن لم يكن وطئها البائع ، أو وطئها واستبرأها قبل البيع ، أو كان الانتقال من امرأة أو صبي ، جاز تزويجها في الحال على الأصح ، كما كان للبائع تزويجها بعد الاستبراء .

فرع : إذا أعتق مستولدته ، أو مات عنها وهي في نكاح أو عدة زوج ، فلا استبراء عليها ، لأنها ليست فراشاً للسيد . وخرج ابن سريج قولاً أنه يلزمها الاستبراء بعد فراغ عدة الزوج(٢) . وحكى السرخسي هذا قولاً قديماً ، وحكي أيضاً عن الإصطخري ، والمذهب الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجمهور . وقال الشيخ أبو علي : فعلى المذهب متى انقضت عدة الزوج ، وكان السيد حياً ، عادت فراشاً له ، وعلى التخريج لا تعود فراشاً حتى يستبرئها . ولو أعتقها ، أو مات عقب انقضاء عدة الزوج ، فقيل : لا استبراء عليها ، والصحيح المنصوص وجوبه . لكن هل يشترط لوجوبه أن يقع إعتاق السيد أو موته بعد انقضاء العدة بلحظة لتعود فيها فراشاً للسيد ، أم لا لكون مصيرها فراشاً أمراً حكمياً لا يحتاج إلى زمن حسي ؟ وجهان . أرجحهما الثاني .

ولو انقضت عدتها ولم يمت السيد ولم يعتقها ، فالمذهب والمنصوص في

---

(١) لم قال الشيخ من زيادته قلت أصحهما وبنص المسألة مكررة فقد ذكرها الشيخ قبل هذا الموضع بقليل وصحح في أصل الروضة الوجوب .

(٢) قضية إطلاقه هذا القول تأخر الاستبراء إلى انقضاء العدة ، وإن كان العتق قبل الطلاق ، وهو قياس ما تقدم في السبب الأول وهو الملك ، ولا يظهر فرق بين سبب وسبب فكما أنه هناك إذا ملك مزوجة إنما يجب الاستبراء إذا قلنا به بعد زوال حق الزوج بالطلاق في غير المدخول بها .

الجديد : أنها تعود فراشاً للسيد ، وتحل له بلا استبراء ، وحكي قول قديم : أنها لا تحل له بلا استبراء ، فعلى المذهب ، لو مات السيد بعد ذلك ، لزمها الاستبراء ، وعلى القديم : لا استبراء . والخلاف في حل أم الولد إذا زال حق الزوج ، كالخلاف فيما إذا زال حق الزوج عن الأمة المزوجة ، هل يحتاج السيد إلى استبرائها ؟ لكن الراجح في الأمة الاحتياج . ونقله البندنيجي عن النص ، لأن فراش أم الولد أشبه بالنكاح ، ولهذا ولد أم الولد يلحقه إذا ولدته بعد ستة أشهر من حين استبرائها ، وولد الأمة لا يلحقه ، كذا قاله الروياني .

ولو أعتق مستولدته ، أو مات عنها وهي في عدة وطء شبهة ، فهل يلزمها الاستبراء تفريعاً على المنصوص فيما إذا كانت في عدة زوج ؟ وجهان . أصحهما الوجوب .

فرع : أعتق مستولدته ، وأراد أن يتزوجها قبل تمام الاستبراء ، جاز على الأصح ، كما يتزوج المعتدة منه بنكاح أو وطء شبهة .

فرع : المستولدة المزوجة ، إذا مات عنها سيدها وزوجها جميعاً ، فلها أحوال .

أحدها : أن يموت السيد أولاً ، فقد مات وهي مزوجة ، وقد ذكرنا أنه لا استبراء عليها على المذهب ، فإذا مات الزوج بعده ، اعتدت عدة حرة ، وكذا لو طلقها .

الحال الثاني : أن يموت الزوج أولاً ، فتعتد عدة أمة شهرين وخمسة أيام ، فإن مات السيد وهي في عدة الزوج ، فقد عتقت في أثناء العدة ، وقد سبق في أول كتاب العدد الخلاف ، في أنها هل تكمل عدة حرة أم عدة أمة ؟ والمذهب أنه لا استبراء عليها كما ذكرناه قريباً . وإن أوجبناه ، فإن كانت من ذوات الأشهر ، استبرأت بشهر بعد العدة ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، استبرأت بحيضة بعد العدة إن لم تحض في العدة ، فإن حاضت في العدة بعدما عتقت ، كفاها ذلك .

وإن مات السيد بعد خروجها من العدة ، لزمه الاستبراء على الأصح تفريعاً على عودها فراشاً .

الحال الثالث : أن يموت السيد والزوج معاً ، فلا استبراء ، لأنها لم تعد إلى فراشه . ويجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا عتقت وهي معتدة ، وهل تعتد عدة أمة ، أم عدة حرة ؟ وجهان . أصحهما عند الغزالي : عدة أمة ، وقطع البغوي بعدة حرة احتياطاً .

الحال الرابع : أن يتقدم أحدهما ويشكل السابق[1] ، فله صور .

إحداها : أن يعلم أنه لم يتخلل بين موتهما شهران وخمسة أيام ، فعليها أربعة أشهر وعشر من موت آخرهما موتاً ، لاحتمال أن السيد مات أولاً ، ثم مات الزوج وهي حرة ، ولا استبراء عليها على الصحيح ، لأنها عند موت السيد زوجة أو معتدة . وإن أوجبنا الاستبراء ، فحكمه كما نذكره إن شاء الله تعالى في الصورة الثانية .

ولو تخلل شهران وخمسة أيام بلا مزيد ، فهل هو كما لو كان المتخلل أقل من هذه المدة ، أو كما لو كان أكثر منها ؟ فيه الوجهان السابقان .

الصورة الثانية : أن يعلم أنه تخلل بين الموتين أكثر من شهرين وخمسة أيام ، فعليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام من موت آخرهما موتاً ، ثم إن لم تحض في هذه المدة ، فعليها أن تتربص بعدها بحيضة لاحتمال أن الزوج مات أولاً ، وانقضت عدتها ، وعادت فراشاً للسيد ، وإن حاضت في هذه المدة ، فلا شيء عليها ، وسواء كان الحيض في أول المدة أو آخرها . وقيل : يشترط كونه بعد شهرين وخمسة أيام من هذه المدة لئلا يقع الاستبراء وعدة الوفاة في وقت واحد . قال الأصحاب : هذا غلط ، لأن الاستبراء إنما يجب على تقدير تأخر موت السيد ، حينئذ تكون عدة الوفاة منقضية بالمدة المتخللة ، ولا يتصور الاجتماع سواء كان الحيض في أول هذه المدة أو آخرها . ولو كانت المستولدة ممن لا تحيض ، كفاها أربعة أشهر وعشرة أيام .

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : نفي حال خامسة وهي أن لا تعلم موتهما معاً أو مرتباً ، وذكر الرافعي ما يقتضي أنه يؤخذ بالأحوط وهو أنهما ماتا على الترتيب فإنه قال : وإذا لم يعلم المدة المتخللة ثم إن عليها الأخذ بالأحوط وهو التربص أربعة أشهر وعشراً .

الثاني : لم يرجح شيئاً من الوجهين في الحال الثالث والأرجح ما قاله الغزالي فإن الشافعي نص في الأم والمختصر على أنها لا ترثه ، ولو كانت عند موته حرة لورثته .

الصورة الثالثة : أن لا يعلم كم المدة المتخللة ، فعليها التربص كما ذكرناه في الصورة الثانية ، أخذاً بالأحوط ، ولا نورِّثها من الزوج إذا شككنا في أسبقهما موتاً ، فإن ادعت علم الورثة أنها كانت حرة يوم موت الزوج ، فعليهم الحلف على نفي العلم .

فصل : متى قالت المستبرأة : حضت ، صدقت بلا يمين .

ولو امتنعت على السيد فقال : فقد أخبرتني بانقضاء الاستبراء ، صدق السيد على الأصح ، لأن الاستبراء مفوض إلى أمانة السيد ، ولهذا لا يحال بينه وبينها ، بخلاف المعتدة من وطء بشبهة ، فإنه يحال بين الزوج وبينها ، وهل لها تحليف السيد ؟ وجهان . حقيقتهما : أنه هل للأمة المخاصمة ؟ ويقرب منه ما إذا ورث جارية فادعت أن مورثها وطئها ، وأنها حرمت عليه بوطئه ، فلا يلزمه تصديقها . وطريق الورع لا يخفى . وهل لها تحليفه ؟ فيه هذان الوجهان .

قلت : الأصح أن لها التحليف في الصورتين ، وعليها الامتناع من التمكين إذا تحققت بقاء شيء من زمن الاستبراء وإن أبحناها له في الظاهر . والله أعلم .

فصل : وطىء السيد أمته في عدتها عن وفاة زوج ، ثم مات السيد ، فعليها إكمال عدة الوفاة ، ثم تتربص بحيضة لموت السيد . فلو مرت بها حيضة في بقية عدة الوفاة ، لم يعتد بها ، لأنهما واجبان لشخصين ، فلا يتداخلان . ولو لم يمت السيد ، لكن أراد تزويجها ، فكذلك تكمل عدة الوفاة ، ثم تتربص بحيضة ، ثم يتزوجها ، ولو أراد أن يطأها بعد عدة الوفاة ، فالصحيح جوازه ، ولا حاجة إلى الاستبراء ، ولو كانت في عدة طلاق ، فوطئها السيد ، ثم مات ، أكملت عدة الطلاق ، ثم تربصت بحيضة لموت السيد ، ولا تحسب المدة من وقت وطء السيد إلى موته إن كان يستفرشها ، كما لو نكحت في العدة وكان الزوج الثاني يستفرشها جاهلاً ، هذا كله إذا وطئها ولم يظهر بها حمل . أما إذا وطئها السيد في عدة الوفاة ومات ، فظهر بها حمل وولدت لزمن يمكن أن يكون من الزوج ، وأن يكون من السيد ، عرض على القائف ، فإن ألحقه بالزوج ، انقضت عدتها بالوضع ، وعليها حيضة بعد طهرها من النفاس ، وإن ألحقه بالسيد ، حصل الاستبراء بوضعه ، وعليها بَعْدُ إتمام عدة الوفاة . فإن لم يكن قائف ، فعليها إتمام بقية العدة بعد الوضع على

تقدير كون الولد من السيد ، وعلى تقدير كونه من الزوج ، فعليها التربص بحيضة بعد الوضع ، فيلزمها أطول المدتين ، فإن وقعت الحيضة في بقية عدة الوفاة ، كفاها ذلك .

ولو ظهر بها حمل والصورة في عدة الطلاق ، فولدت لزمان يحتملها ، فإن ألحق بالزوج ، فعليها بعد الوضع حيضة ، وإن ألحق بالسيد ، فعليها بعده بقية العدة ، وإن أشكل ، فعليها بقية العدة ، أو حيضة فتأخذ بأكثرهما .

فرع : اشترى مزوجة ، فوطئها قبل العلم بأنها مزوجة ، وظهر بها حمل ، ومات الزوج ، فإن ولدت لزمن يحتمل كونه منهما ، بأن ولدت لستة أشهر فصاعداً من وطء السيد ، ولأربع سنين فأقل من وطء الزوج ، عرض على القائف . فإن ألحقه بالزوج ، انقضت العدة بالوضع ، وإن ألحقه بالسيد ، لم تنقض بالوضع ، وكذا لو لم يكن قائف ، أو أشكل عليه ، لم تنقض العدة بالوضع ، لاحتمال كونه من السيد ، وعليها إتمام عدة الوفاة شهرين وخمسة أيام ، ولا تحسب مدة افتراش السيد من العدة .

وإن احتمل أن يكون الولد من السيد دون الزوج ، فكذا الحكم ، وإن احتمل كونه من الزوج دون السيد ، انقضت العدة بوضعه ، وهل على السيد الاستبراء بعد العدة ؟ فيه الخلاف السابق ، ولو لم يظهر بها حمل والتصوير كما ذكرنا ، فإما أن يموت الزوج عقب الوطء ، وإما بعده بمدة ، فإن مات عقبه ، اعتدت عدة الوفاة . وهل تحل بعدها للسيد ، أم تحتاج إلى استبراء ؟ فيه الخلاف . ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء بلا خلاف . وإن عاش بعد الوطء مدة ، لزمه اعتزالها إذا علم الحال حتى تنقضي مدة الاستبراء ، كالمنكوحة توطأ بالشبهة . وإذا مات بعد انقضائها ، فليس عليها إلا عدة الوفاة ، وتحل للسيد بعدها ، وله تزويجها بلا استبراء جديد . ولو استفرشها الزوج بعد وطء السيد جاهلاً ثم مات ، فإذا قضت عدته ، فهل تحل للسيد بغير استبراء ؟ فيه الخلاف السابق . ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء .

فرع : رجل له زوجة وأمة مزوجة ، حنث في طلاق الزوجة ، أو عتق الأمة ومات قبل البيان ، ثم مات زوج الأمة ، لزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام من يوم مات الزوج ، لاحتمال أن السيد حنث في عتقها ، ويلزم امرأته الأكثر من أربعة أشهر

وعشر ، وثلاثة أقراء . فلو كان لزوج الأمة أمة أيضاً ، وحنث أيضاً هو في عتقها ، أو طلاق زوجته الأمة وماتا قبل البيان ، فعلى كل واحدة الأكثر من أربعة أشهر وعشر ، وثلاثة أقراء .

الطرف الثالث : فيما تصير به الأمة فراشاً ، فيه مسائل .

الأولى : لا تصير الأمة فراشاً بمجرد الملك ، فلو كانت تحل له وخلا بها ، فولدت ولداً يمكن كونه منه ، لم يلحقه ، بخلاف الزوجة ، لأن مقصود النكاح الاستمتاع والولد ، وإنما تصير الأمة فراشاً إذا وطئها ، فإذا أتت بعد الوطء بولد لزمان يمكن أن يكون منه ، لحقه ويعرف الوطء بإقراره أو بالبينة . فلو نفى الولد مع الاعتراف بالوطء ، فإن ادعى الاستبراء بحيضة بعد الوطء ، نظر ، إن ولدته لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء ، فالاستبراء لغو فيلحقه الولد . فلو أراد نفيه باللعان ، فقد سبق في « كتاب اللعان » ، أن الصحيح جواز اللعان في هذه الصورة[1] ، وإن ولدته لستة أشهر إلى أربع سنين ، فالمذهب والمنصوص أنه لا يلحقه ، وقد سبق فيه خلاف وتخريج[2] .

فلو أنكرت الاستبراء ، فهل يحلف السيد ، أم يصدق بغير يمين ؟ وجهان . الصحيح الذي عليه الجمهور ، أنه يحلف . فعلى هذا ، هل يكفي الحلف على الاستبراء ، أم يضم إليه أن الولد ليس منه ، أم يكفي الحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء كما في نفي ولد الزوجة ؟ فيه أوجه . أصحها الثالث ، ويفهم منه ، أنه لو علم أن الولد من غيره ولم يستبرئها ، جاز له نفيه والحلف عليه ، لا على سبيل اللعان . وإذا حلف على الاستبراء ، فهل يقول : استبرأتها قبل ستة أشهر من

---

(١) قال في الخادم : تبع فيه بعض النسخ السقيمة من الشرح وهو غلط ، فالذي سبق هناك قبل الطرف الثالث في سبب اللعان ما نصه فصل إذا لحقه نسب بملك اليمين في مستولدة أو امة موطوءة ، لم ينتف عنه اللعان في الأظهر ، وقيل قطعاً وسيأتي في آخر الاستبراء بيانه وعبارة الرافعي هنا في النسخ الصحيحة فلو أراد نفيه باللعان فقد مر أن الصحيح في هذه الصورة أن له أن يلاعن وقال الشيخ محيي الدين انتقل نظره من لفظ الصحيح الأولى إلى الثانية وسقط ذلك من نسخة من الرافعي .

(٢) وقد استشكل الشيخ عز الدين في القواعد عدم اللحوق لأن الأمة فراش حقيقي ، وهذه مدة عالية فكيف لا يلحق الولد بفراش حقيقي مع غلبة المدة بإمكان الوطء مع قلة المدة وندرة الولادة في مثلها . قال : وقد خالف بعض أصحابنا في ذلك وهو متجه . انتهى وهو كما قال .

ولادتها هذا الولد ، أم يقول : ولدته بعد ستة أشهر بعد استبرائي ؟ فيه وجهان . ولو نكل ، فوجهان . أحدهما : يلحقه بنكوله . والثاني : تحلف الأمة ، فإن نكلت توقفنا إلى بلوغ الصبي ، فإن حلف بعد البلوغ ، لحق به .

المسألة الثانية : ادعت الوطء وأمية الولد ، وأنكر السيد أصل الوطء ، فالصحيح أنه لا يحلف ، وإنما حلف في الصورة السابقة ، لأنه سبق منه الإقرار بما يقتضي ثبوت النسب ، وقيل : يحلف ، لأنه لو اعترف به ثبت النسب ، وإذا لم يكن ولد ، لم يحلف بلا خلاف .

الثالثة : أقر بالوطء فأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء ، لم يلحقه على الصحيح ، وقيل : يلحقه كولد الزوجة ، وهذا تفريع على أنه يلحقه بعد الاستبراء ، ويقرب منه الخلاف فيما لو أتت بولد يلحق السيد ، ثم ولدت آخر لستة أشهر فصاعداً ، هل يلحقه الثاني ، لأنها صارت فراشه فيلحقه أولادها كالزوجة ، أم لا يلحقه ؟ إلا أن يقر بوطء جديد ، لأن هذا الفراش يبطل بالاستبراء . فبالولادة أولى .

أما لو أتت بالولد الثاني لدون ستة أشهر ، فهما حمل واحد ، فإذا لحقه الأول ، لحقه الثاني بلا خلاف . وأصل الخلاف أن أم الولد ، هل تعود فراشاً للسيد إذا انقطعت علقة الزوج عنها نكاحاً وعدة ؟ وفيه قولان . أحدهما : تعود حتى لو مات السيد ، أو أعتقها بعد ذلك لزمها الاستبراء . ولو أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من انقطاع علقة الزوج ، لحق السيد . والثاني : لا تعود فراشاً ما لم يطأها ، فلو ولدت لدون أربع سنين من الطلاق ، لحق بالزوج . لكن الأظهر ، أن أم الولد تعود فراشاً ، والأصح أنه لا يلحقه الولد الثاني إلا أن يقر بوطء جديد ، لأن الولادة أقوى من الاستبراء .

الرابعة : قال : كنت أطأ وأعزل ، لحقه الولد على الأصح ، لأن الماء قد يسبق ، ولأن أحكام الوطء لا يشترط فيها الإنزال . وقيل : ينتفي عنه كدعوى الاستبراء ، ولو قال : كنت أطأ في الدبر ، لم يلحقه الولد على الصحيح[1] ، ولو

---

(١) اختلف كلام المصنف في ذلك فقال في الباب السابع من كتاب النكاح فيما يملك الزوج من الاستمتاع =

قال : كنت أصيبها فيما دون الفرج ، لم يلحقه على الأصح[١] .

فصل : لو اشترى زوجته ، فولدت بعد الشراء ، فقد سبق في « كتاب اللعان » بيان أنه متى يلحقه هذا الولد بالنكاح ، ومتى يلحقه بملك اليمين ، ومتى لا يلحقه ؟ ولا يحكم بكونها أم ولد إذا احتمل كونه من النكاح فلم يقر بالوطء بعد الشراء . وقيل : يلحق إذا أمكن كونه من وطء ملك اليمين وهو ضعيف ، ولو أقر بالوطء بعد الشراء ، ولحق الولد بملك اليمين ، ولكن احتمل كونه من النكاح ، ثبتت أمومة الولد على الأصح ، وأجري الوجهان فيما لو زوج أمته وطلقت قبل الدخول ، وأقر السيد بوطئها فولدت لزمن يحتمل كونه منهما ، وبالله التوفيق .

= ما هذا نصه وثبت النسب بالاتيان في الدبر في الأصح وجرى على ذلك أيضاً في كتاب الطلاق وفي كتب اللعان في الكلام على قذف الزوج واقتضاه كلامه أيضاً .

(١) اتفقا ـ أي المصنف والرافعي ـ على هذا الترجيح وبه يظهر أن الراجح في صورة الاتيان في الدبر عدم اللحوق من باب الأولى كما رجحاه هنا والموضع يحتاج لمزيد نظر .

كتابُ الرّضَاعِ (١)

الرضاع يؤثر في تحريم النكاح ، وثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر والخلوة

---

(١) لغة : اسم لمصّ الثدي وشرب لبنه .
وشرعاً : اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه .
والأصل فيه كتاب الله عزّ وجلّ وسنة رسول الله ﷺ .
فأما الكتاب فلقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم ﴾ إلى قوله ﴿ وأخواتكم من الرضاعة ﴾ .
وأما السنة فما رواه عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة .
فدل الكتاب والسنة على تحريم ذلك ، والذي ينشر الحرمة ويثبت التحريم خمس صفات متفرقات بشرطها وما دون ذلك فلا
قال القاضي أبو علي رحمه الله في تعليقه : هذا هو المذهب ، وبه قال في الصحابة عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهم ، ومن التابعين سعيد بن المسيب وطاوس وبه قال أحمد وإسحاق .
قال : وذهبت طائفة إلى أن التحريم يثبت بالرضعة الواحدة ، ولم يراع فيه العدد حتى لو دخل في جوفه ولو نقطة واحدة ثبت التحريم . ذهب إليه في الصحابة علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وابن عباس ، ومن الفقهاء مالك والأوزاعي والليث بن سعد والثوري وأبو حنيفة وأصحابه قال : وذهبت طائفة إلى أن الذي ينشر الحرمة ثلاث رضعات فأكثر ، وما دون ذلك فلا . ذهب إليه من المتأخرين داود وأبو ثور ، وروي نحو هذا عن زيد بن ثابت .
فمن نصر قول أبي حنيفة وغيره احتج بقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ إلى قوله ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ .
وهذه إذا أرضعته رضعة واحدة فهي أمه التي أرضعته . ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال : الرضاعة من المجاعة .
أخرجه البخاري في كتاب النكاح / باب من قال لا رضاع بعد حولين .
=

دون سائر أحكام النسب ، كالميراث ، والنفقة ، والعتق بالملك ، وسقوط القصاص ، ورد الشهادة وغيرها ، وهذا كله متفق عليه[1] .

ثم في كتاب الرضاع أربعة أبواب :

الأول : في أركانه وشروطه ، أما الأركان فثلاثة :

الأول : المرضع ، وله ثلاثة شروط ، الأول : كونه امرأة ، فلبن البهيمة لا يتعلق به تحريم ، فلو شربه صغيران لم يثبت بينهما أخوة ، ولا يحرم لبن الرجل أيضاً على الصحيح[2] ، وقال الكرابيسي : يحرم ، ولبن الخنثى لا يقتضي أنوثته على المذهب ، فلو ارتضعه صغير ، توقف في التحريم ، فإن بان أنثى ، حرم ، وإلا ، فلا .

الشرط الثاني : كونها حية ، فلو ارتضع ميتة ، أو حلب لبنها ، وهي ميتة ، لم يتعلق به تحريم ، كما لا تثبت حرمة المصاهرة بوطء الميتة . ولو حلب لبن حية ، وأوجر الصبي بعد موتها ، حرم على الصحيح المنصوص .

الشرط الثالث : كونها محتملة للولادة ، فلو ظهر لصغيرة دون تسع سنين لبن ،

= وعنه ﷺ أنه قال : الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، أخرجه أبو داود في كتاب النكاح / باب رضاعة الكبير .

وهذا أنبت اللحم وأنشز العظم . قيل : هذا منتقض بما رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير أن النبي ﷺ قال : « لا تحرم الرضعة والرضعتان ولا المصة ولا المصتان » .

أخرجه مسلم عن عائشة رضي الله عنها في كتاب الرضاع .

قالوا : إذا جعل في فيه ولم يصل إلى جوفه . قلنا : لا يسمى هذا رضعة ، ولو كان المراد ما قالوه لما كان لتخصيص الواحدة والاثنتان معنى لأنه لا فرق بين الاثنتين والمائة .

قالوا : قوله ﷺ : « لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان » فيه دلالة على أن الثلاث رضعات تحرم كما قال ﷺ : « إذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً » دليل على أنه إذا كان أقل من ذلك حمل الخبث .

قلنا : الدليل على أن ذلك لا يحرم ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات تحرم ، ثم نسخت بخمس معلومات ، فمات رسول الله ﷺ وهو مما يقرأ من القرآن ، فدل ذلك على ما قلناه .

(١) ويؤثر أيضاً في عدم نقض الطهارة على الأظهر .

(٢) كان ينبغي أن يقول ، المنصوص فقد نقل ذلك الشيخ البلقيني عن نص الأم والبويطي لكن مع الكراهة ، وقد نقل الرافعي عن نص البويطي أن لا يحرم مع الكراهة .

لم يحرم ، وإن كانت بنت تسع وإن لم يحكم ببلوغها ، لأن احتمال البلوغ قائم ، والرضاع كالنسب فكفى فيه الاحتمال(١) .

فرع : سواء كانت المرضعة مزوجة ، أم بكراً ، أم بخلافهما ، وقيل : لا يحرم لبن البكر ، والصحيح الأول ، ونص عليه في البويطي .

فرع : نص في البويطي أنه إذا نزل لرجل لبن ، فارتضعته صبية ، كره له نكاحها .

الركن الثاني : اللبن ، ولا يشترط لثبوت التحريم بقاء اللبن على هيئته حالة انفصاله عن الثدي ، فلو تغير بحموضة ، أو انعقاد ، أو إغلاء أو صار جبناً ، أو أقطا ، أوزبداً ، أومخيضاً ، وأطعم الصبي ، حرم لوصول اللبن إلى الجوف ، وحصول التغذية . ولو ثرد فيه طعام ثبت التحريم . ولو عجن به دقيق ، وخبز ، تعلقت به الحرمة على الصحيح . ولو خلط بمائع إما دواء ، وإما غيره ، حلال كالماء ولبن الشاة ، أو حرام كالخمر ، نظر إن كان اللبن غالباً تعلقت الحرمة بالمخلوط ، فلو شرب الصبي منه خمس مرات ثبت التحريم ، وإن كان اللبن مغلوباً فقولان ، أحدهما : لا يتعلق به تحريم كالنجاسة المستهلكة في الماء الكثير لا أثر لها ، وكالخمر المستهلكة في غيرها لا يتعلق بها حد ، وكالمحرم يأكل طعاماً استهلك فيه طيب ، لا فدية عليه . وأظهرهما : يتعلق به التحريم لوصول عين اللبن في الجوف ، وذلك هو المعتبر ، ولهذا يؤثر كثير اللبن وقليله ، وليس كالنجاسة ، فإنها تجنيب للاستقذار ، وهو مندفع بالكثرة ، ولا كالخمر ، فإن الحد منوط بالشدة المزيلة للعقل ، ولا كالمحرم ، فإنه ممنوع من التطيب ، وليس هذا بتطيب ، فعلى هذا إن شرب جميع المخلوط ، تعلق به التحريم ، وإن شرب بعضه فوجهان ، أحدهما : يثبت التحريم أيضاً إن شربه خمس دفعات ، أو شرب منه دفعة بعد أن شرب اللبن

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : لم يتعرض لكون التسع على سبيل التقريب أو التحديد .

نعم قضية إلحاقه بالحيض اعتبار كونه تقريباً ، ولهذا قال في الشرح الصغير ويشبه أن يكون النظر هنا إلى التسع مبنياً على الأصح في أقل سن الحيض وأن يجيء فيه الخلاف المذكور هناك .

الثاني : أنه لو كان لها لبن قبل التسع بزمن يسير حرم كما ذكروه في الحيض أنه يكون حيضاً ، وذكر الشافعي في الحيض اعتبار يوم أو يومين والدارمي شهر .

الصرف أربعاً ، وهذا اختيار الصيمري ، والقاضي أبي الطيب ، وأصحهما ، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق والماوردي ـ : لا يتعلق به تحريم ، لأنا لم نتحقق وصول اللبن ، وهذا الخلاف فيما إذا لم يتحقق وصول اللبن مثل أن وقعت قطرة في جب ماء وشرب بعضه ، فإن تحققنا انتشاره في الخليط ، وحصول بعضه في المشروب ، أو كان الباقي من المخلوط أقل من قدر اللبن ، ثبت التحريم قطعاً ، ذكره الإمام وغيره . وهل يشترط أن يكون اللبن قدراً يمكن أن يُسقى منه خمس دفعات لو انفرد عن الخليط ؟ وجهان حكاهما السرخسي وقال : أصحهما الاشتراط ، هذا هو المذهب في بيان حكم اختلاط اللبن بالمائعات ، وسواء فيه اختلاط اللبن بالماء وبغيره ، وحكى الإمام طريقاً آخر أنه إن كان الخليط غير الماء ، فعلى ما ذكرناه ، وإن كان ماء واللبن مغلوب ، فإن امتزج بما دون القلتين ، وشرب الصبي كله ، ففي ثبوت التحريم قولان ، وإن شرب بعضه ، فقولان مرتبان وأولى بأن لا يثبت . وإن امتزج بقلتين ، فصاعداً ، فإن لم يثبت التحريم بدون القلتين فهنا أولى ، وإن أثبتنا ، وتناول بعضه ، لم يؤثر ، وإن شربه كله ، فقولان مرتبان ، وأولى بأن لا يؤثر . وهذه الطريقة ضعيفة ، وفي المراد بمصير اللبن مغلوباً وجهان ، أحدهما : خروجه عن كونه مغذياً ، والصحيح الذي قطع به الأكثرون أن الاعتبار بصفات اللبن الطعم واللون والرائحة ، فإن ظهر منها شيء في المخلوط ، فاللبن غالب ، و إلا فمغلوب . ونقل أبو الحسن العبادي في « الرقم » تفريعاً على هذا عن الحليمي ما يفهم منه أنه لو زايلته الأوصاف الثلاثة ، اعتبر قدر اللبن بما له لون قوي يستولي على الخليط ، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الخليط ثبت التحريم ، وإلا فلا ، قال الحليمي : وهذا شيء استنبطته أنا وكان في قلبي منه شيء ، فعرضته على القفال الشاشي وابنه القاسم ، فارتضياه ، فسكنت ، ثم وجدته لابن سريج ، فسكن قلبي إليه كل السكون ، وقد سبق نظير هذا في اختلاط المائع بالماء .

فرع : لو وقعت قطرة في فيه[1] ، واختلطت بريقه ، ثم وصل جوفه ، فطريقان ، أحدهما : يعتبر كونه غالباً أو مغلوباً على ما ذكرناه . والثاني : القطع بالتحريم[2] .

---

(١) في ط فمه .

(٢) قال في الخادم : والراجح الطريقة الثانية فقد قال الإمام : إنه الذي ذهب إليه جماهير الأصحاب إلحاقاً =

إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى ، وغلب أحدهما ، فإن علقنا التحريم بالمغلوب ، ثبتت الحرمة منهما ، وإلا فيختص بغالبة اللبن .

الركن الثالث : المحل وهو معدة الصبي الحي ، أو ما في معنى المعدة فهذه ثلاثة قيود :

الأول : المعدة ، فالوصول إليها يثبت التحريم ، سواء ارتضع الصبي ، أو حلب اللبن ، وأوجر في حلقه حتى وصلها ، ولو حقن باللبن ، أو قطر في إحليله ، فوصل مثانته ، أو كان على بطنه جراحة ، فصب اللبن فيها حتى وصل الجوف لم يثبت التحريم على الأظهر . ولو صب في أنفه فوصل دماغه ثبت التحريم على المذهب ، وقيل : فيه القولان ، قال البغوي : ولو صب في جراحة في بطنه فوصل المعدة لخرق الأمعاء ، أو وصل الدماغ بالصب في مأمومة ثبت التحريم بلا خلاف . ولو صب في أذنه ، ففي « البحر » أنه يثبت التحريم ، وفي « التهذيب » لا يثبت ، إذ لا منفذ منها إلى الدماغ ، ويشبه أن يكون كالحقنة[1] . وأما الصب في العين ، فلا يؤثر بحال ، ولو ارتضع ، وتقيأ في الحال ، حصل التحريم على الصحيح . وقيل : لا يحصل .

وقيل : إن تقيأ وقد تغير اللبن ، ثبت التحريم وإلا فلا .

القيد الثاني : الصبي والمراد به من لم يبلغ حولين ، فمن بلغ سنتين ، فلا أثر لارتضاعه ويعتبر الحولان بالأهلة ، فإن انكسر الشهر الأول ، اعتبر ثلاثة وعشرون شهراً بعده بالأهلة ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الخامس والعشرين ، ويحسب ابتداء الحولين من وقت انفصال الولد بتمامه[2] ، وقال الروياني : لو خرج نصف

= للريق بالرطوبات في المعدة .

قال : ومن أصحابنا من جعل الريق من حيث إنه في محل ملحق بالظاهر .

(١) وكلام الروياني والبغوي لم يتوارد على محل واحد وذلك بخلاف كلام الروياني فيما إذا حصل إلى الدماغ كما صرح به في التجربة ونقله عن النص فقال : ولو قطر في أذنه حتى وصل إلى جوف الدماغ حرم نص عليه . انتهى .

(٢) قال الأذرعي : وفي البسيط قال الشافعي : حولاً من وقت الولادة . انتهى ولم أر هذا النص في كلام الشافعي والأصحاب .

وقال الروياني : لو خرج نصف الولد ثم بعد مدة خرج باقيه فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء =

الولد ، ثم بعد مدة ، خرج باقيه ، فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه . وحكى ابن كج فيه وجهين ، وحكى وجهين فيما لو ارتضع قبل انفصال جميعه هل يتعلق به تحريم ؟

القيد الثالث : الحي فلا أثر للوصول إلى معدة الميت .

فصل : في شرط الرضاع لا تثبت حرمته إلا بخمس رضعات هذا هو الصحيح المنصوص . وقيل : تثبت برضعة واحدة ، وقيل : بثلاث رضعات ، وبه قال ابن المنذر ، واختاره جماعة . فعلى المنصوص لو حكم حاكم بالتحريم برضعة ، لم ينقض حكمه على الصحيح ، وقال الاصطخري : ينقض . والرجوع في الرضعة والرضعات إلى العرف ، وما تنزل عليه الايمان في ذلك ، ومتى تخلل فصل طويل تعدد . ولو ارتضع ، ثم قطع إعراضاً ، واشتغل بشيء آخر ، ثم عاد وارتضع ، فهما رضعتان ، ولو قطعت المرضعة ، ثم عادت إلى الإرضاع ، فهما رضعتان على الأصح ، كما لو قطع الصبي[1] ، ولا يحصل التعدد بأن يلفظ الثدي ، ثم يعود إلى التقامه في الحال ، ولا بأن يتحول من ثدي إلى ثدي ، أو تحوله لنفاذ ما في الأول ، ولا بأن يلهو عن الامتصاص والثدي في فمه ، ولا بأن يقطع التنفس ، ولا بأن يتخلل النومة الخفيفة ، ولا بأن تقوم وتشتغل بشغل خفيف ، ثم تعود إلى الإرضاع ، فكل ذلك رضعة واحدة .

قلت : قال إبراهيم المروذي : إن نام الصبي في حجرها وهو يرتضع نومة خفيفة ، ثم انتبه ورضع ثانياً ، فالجميع رضعة ، وإن نام طويلاً ، ثم انتبه وامتص ،

= خروجه ، وحكى ابن كج فيه وجهين وحكى وجهين فيما لو ارتضع قبل انفصال جميعه هل يتعلق به التحريم . انتهى وأخذ ذلك من الروضة . قال الأذرعي : والأشبه أنه إذا ارتضع قبل تمام انفصاله أن يتعلق به التحريم لوجود الرضاعة حقيقة وأن يكون ابتداء المدة من حين ارتضع قبل تمام انفصاله وإلا لزم أنه لو بقي مدة لم ينفصل وهو يرضع أو يسقى لبن أمه أن يكون مدة الرضاع عندنا أكثر من حولين ، ولا قائل به منا وما ذكراه عن الروياني هو ما أورده العمراني وغيره حكاية عن الصيمري وهو الجواب في المعتمد إلى آخر ما ذكره .

(١) وليس بواف على عبارة الرافعي فإنه قال وقطع الرضعة كقطع الصبي في أصح الوجهين يعني فيفرق بين إعادته في الحال إلى فيه أو بعد فصل طويل ، وهذا لا يفهم من عبارة المصنف رحمه الله وما صححاه نسبه الإمام إلى العراقيين وضعفه .

=

فإن كان الثدي في فمه فهي رضعة ، وإلا فرضعتان[١] . والله أعلم .

قال الأصحاب : يعتبر ما نحن فيه بمرات الأكل ، فإذا حلف لا يأكل في اليوم إلا مرة واحدة فأكل لقمة ، ثم أعرض واشتغل بشغل طويل ، ثم عاد وأكل ، حنث ، ولو أطال الأكل على المائدة وكان ينتقل من لون إلى لون ويتحدث في خلال الأكل ، ويقوم ، ويأتي بالخبز عند نفاذه ، لم يحنث ، لأن ذلك كله يعد في العرف أكلة واحدة ، ولو ارتضع من ثدي امرأة ثم انتقل في الحال إلى ثدي آخر ، ففيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه .

فرع : لا يشترط وصول اللبن في المرات على صفة واحدة ، بل لو ارتضع في بعضها ، وأوجر في بعضها ، وأسعط في بعضها حتى تم العدد ، ثبت التحريم ، وكذا الصب في الجراحة والحقنة إذا جعلناهما مؤثرين .

فرع : لو حلب لبن امرأة دفعة ، وأوجره الصبي في خمس دفعات ، فهل يحسب رضعة أم خمساً ؟ قولان ، أظهرهما : رضعة ، وقيل : رضعة قطعاً . ولو حلب خمس دفعات ، وأوجره دفعة ، فالمذهب أنه رضعة ، وقيل : على الطريقين . ولو حلب خمس دفعات ، وأوجر في خمس دفعات من غير خلط ، فهو خمس رضعات قطعاً . وإن حلب خمس دفعات ، وخلط ، ثم فرق ، وأوجر في خمس دفعات ، فالمذهب أنه خمس رضعات ، وبه قطع الجمهور ، وقيل على قولين ، لأنه بالخلط صار كالمحلوب دفعة . ولو حلب خمس نسوة في إناء ، وأوجره الصبي دفعة واحدة حسب من كل واحدة رضعة ، وإن أوجره في خمس دفعات ، حسب من كل واحدة رضعة ، وإن أوجره في خمس دفعات ، حسب من كل واحدة رضعة على الأصح ، وقيل : خمس رضعات .

فرع : لو شك هل أرضعته خمس رضعات ، أم أقل ، أو هل وصل اللبن جوفه أم لا ؟ فلا تحريم ولا يخفى الورع . ولو شك هل أرضعته الخمس في الحولين ، أم بعضها ، أو كلها بعد الحولين ، فلا تحريم على الأظهر أو الأصح ، والتحريم محكي عن الصيمري ، لأن الأصل بقاء المدة .

---

(١) وهذا لا يحسن عده من الزوائد فإن الرافعي ذكر النومة الخفيفة عن إبراهيم المروذي وكان الشيخ محيي الدين ذكرها كالتوطئة لما بعدها .

فصل : إذا كان لبن المرأة لرجل ، فسيأتي إن شاء الله تعالى أن المرتضع يصير ابناً للرجل كما يصير ابناً للمرأة ، واختار ابن بنت الشافعي أنه لا يصير ، والصواب الأول . فإذا كان للرجل خمس مستولدات ، أو أربع زوجات ومستولدة ، فأرضعت كل واحدة طفلاً رضعة لم يصرن أمهاته ، وهل يصير الرجل أباه ؟ وجهان ، قال الأنماطي وابن سريج وابن الحداد : لا ، وأصحهما ـ وبه قال أبو إسحاق وابن القاص ـ : نعم ، لأنه لبنه ، وهن كالظروف له ، فعلى هذا تحرم المرضعات على الطفل لا بالرضاع ، بل لأنهن موطوءات أبيه ، ولو كان تحته صغيرة وله خمس مستولدات ، فأرضعتها كل واحدة رضعة بلبنه لم ينفسخ نكاح الصغيرة على الوجه الأول ، وينفسخ على الثاني ، وهو الأصح ، ولا غرم عليهن ، لأنه لا يثبت له دين على مملوكه ، ولو أرضع نسوته الثلاث ومستولدتاه زوجته الصغيرة فانفساخ نكاح الصغيرة على الوجهين ، وأما غرامة مهرها ، فإن أرضعن مرتباً ، فالانفساخ يتعلق بإرضاع الأخيرة فإن كانت مستولدة ، فلا شيء عليها ، وإن كانت زوجة ، فعليها الغرم ، وإن أرضعته معاً بأن أخذت كل واحدة لبنها في مسعط ، وأوجرته معاً ، فلا شيء على المستولدتين وعلى النسوة ثلاثة أخماس الغرم ، ولا ينفسخ نكاح النسوة لأنهن لم يصرن أمهات الصغيرة . ولو كان له أربع ، فأرضعت إحداهن طفلاً رضعتين ، وأرضعته الباقيات رضعة رضعة ، أو كان له ثلاث مستولدات ، فأرضعت إحداهن الطفل بلبنه ثلاث رضعات ، والباقيتان رضعة رضعة ، جرى الخلاف في مصيره أباً ولا يصرن أمهات ، وعلى هذا قياس سائر نظائرها . ولو كان لرجل أو امرأة خمس بنات أو أخوات ، فأرضعت كل واحدة طفلاً رضعة ، لم يصرن أمهاته ، ولا أزواجهن آباءه ، وكذا لا تثبت الحرمة بين الرضيع والرجل على المذهب ، وقيل : بطرد الوجهين ، فإن أثبتنا الحرمة ، قال البغوي : تحرم المرضعات على الرضيع لا لكونهن أمهات ، بل لكون البنات أخواته وكون الأخوات عماته ، ولك أن تقول إنما يصح كون البنات أخواته والأخوات عماته لو كان الرجل أباً ، والحرمة هنا إذا ثبتت إنما هي لكونه جداً لأم أو خالاً ، وفيه وضع بعضهم الخلاف ، فقال : في مصيره جداً لأم أو خالاً وجهان ، فينبغي أن يقال : يحرمن لكونهن كالخالات ، وذلك لأن بنت الجد للأم إذا لم تكن أماً ، كانت خالة ، وكذلك أخت الخال . ولو كان لرجل أم وبنت وأخت وبنت أخ لأب ، وبنت أخت لأب ، فارتضع طفل من كل واحدة

رضعة ، فإن قلنا : لا يثبت التحريم في الصورة الثانية ، فهنا أولى ، وإلا فالأصح أيضاً أن لا تحريم لأن هناك يمكن نسبة الرضيع إليه بكونه ابن ابن ، ونسبته إلى الرضيع بكونه جداً ، وهنا لا يمكن لاختلاف الجهات ، ولا يجوز أن يكون بعضه أخاً وبعضه ولد بنت ، وعن ابن القاص : إثبات الحرمة ، فعلى هذا تحرم المرضعات على الرضيع لا بالأمومة بل بجهات ، فأم الرجل كأنها زوجة أبيه ، لأن لبنها من أبي الرجل ، والرضيع كولده ، وبنت الرجل بنت ابن أبيه ، فتكون بنت أخيه ، وأخت الرجل بنت أبيه ، فتكون أخته ، وبنت أخي الرجل بنت ابن أبيه ، فتكون بنت أخيه ، وبنت أخت الرجل بنت أخته أيضاً .

ولو كان بدل إحدى هؤلاء المرضعات زوجة أو جدة كان الحكم كما ذكرنا .
ولو أرضعت كل واحدة من هؤلاء زوجة الرجل رضعة ، فانفساخ نكاحه على الوجهين ، فإن قلنا : ينفسخ ، فإن أرضعن مرتباً ، غرمت الأخيرة للزوج ، وإن أرضعن معاً ، اشتركن فيه ، فإن اختلف عدد الرضعات بأن كن ثلاثاً فأرضعت واحدة رضعتين ، وأخرى كذلك ، والثالثة رضعة ، فهل يغرمن أثلاثاً على عدد الرؤوس ، أم أخماساً على عدد الرضعات ؟ وجهان ، وجميع ما ذكرناه هو فيما إذا أرضعت النسوة الخمس في أوقات متفاصلة ، فإن أرضعن متوالياً ، وحكمنا بالحرمة في المتفاصل فهنا وجهان ، قال ابن القاص : لا يثبت ، لأنهن كالمرأة الواحدة بالنسبة إلى الرجل وإرضاع المرأة إنما يحرم إذا تفرقت أوقاته ، وأصحهما : التحريم لتعدد المرضعات ، فعلى الأول لو أرضعن متوالياً ، ثم أرضعته إحداهن أربع رضعات ، صارت أماً له على الأصح ، لأنه ارتضع منها خمساً متفاصلة ، وقيل : لا ، لأن تلك الرضعة لم تكن تامة ، ويجري هذا الخلاف في انتقال الرضيع من ثدي امرأة إلى ثدي أخرى ، فعلى وجه لا يحسب لواحدة منهما رضعة ، وعلى الأصح : يحسب لكل واحدة رضعة ، لأن الاشتغال بالارتضاع من الأخرى قطع الارتضاع من الأولى ، فصار كالاشتغال بشيء آخر ، ويقرب منه خلاف فيما لو ارتضع في الحولين أربع رضعات ، وتم الحولان في خلال الرضعة الخامسة ، ففي وجه لا يثبت التحريم ، لأنها لم تتم في الحولين ، والأصح : ثبوته[1] لأن ما يصل إلى الجوف في كل رضعة

---

(١) تابع فيه البغوي فإنه جعله المذهب ، وقال في الكافي : إنه الأصح ، وكذا قال صاحب المعتمد في مسائل المذهب المجرد ولكن نص الشافعي في الأم على مقابله .

غير مقدر ، وذكر ابن كج أنه لو كان يرتضع الرضعة الخامسة ، فمات : أو ماتت المرضعة قبل أن يتمها ، وجهين في ثبوت التحريم كالوجهين فيما لو قطعت المرضعة .

فرع : لزيد ابن وابن ابن وأب وجد وأخ ارتضعت صغيرة من زوجة كل واحد منهم رضعة ، فلا تحرم على زيد على الأصح ، وحرمها ابن القاص على زيد ، فعلى هذا تحرم على أبيه دون الابن وابن الابن ، لأنها بارتضاع لبن أخي زيد تكون بنت عم لابن ، وبنت العم لا تحرم ، ومتى كان في الخمسة من لا يقتضي لبنه تحريماً ، فلا تحريم .

خمسة إخوة ارتضعت صغيرة من لبن زوجة كل واحد رضعة ، ففي تحريم الصغيرة على الإخوة الوجهان ، الأصح : المنع . امرأة لها بنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وبنت ابن ابن ابن ، أرضعت العليا طفلاً ثلاث رضعات ، والأخريان رضعة رضعة ، ففي مصير المرأة جدة للرضيع الوجهان ، فإن قلنا : نعم ، ففي تحريم المرضعات على الطفل وجهان ، أحدهما : لا لعدم العدد ، والثاني : أن الرضعات من الجهات تجمع ، إن كانت كل واحدة منها بحيث لو تم العدد منها ثبت التحريم ، فعلى هذا ينظر إن كانت الوسطى بنت أخي العليا ، والسفلى بنت أخي الوسطى ، حرمت العليا عليه ، لأن إرضاعها لو تم لكان الطفل ابنها ، وإرضاع الوسطى لو تم ، لكان الرضيع ابن بنت أخي العليا ، وإرضاع السفلى لو تم لكان للعليا ابن بنت ابن أخ . وهذه الجهات محرمة فتجمع ما فيها من عدد الرضعات . وإن كانت الوسطى بنت ابن عم العليا ، والسفلى بنت ابن ابن عمها ، لم تحرم العليا ، لأن إرضاع الوسطى لو تم ، لكان الرضيع للعليا ابن بنت ابن عم ، وإرضاع السفلى لو تم ، لكان لها ابن بنت ابن ابن العم ، وذلك لا يقتضي التحريم ، وأما الوسطى والسفلى ، فلا تحرمان عليه بحال ، لأن إرضاع العليا لو تم ، لكان للوسطى ابن العمة ، وللسفلى ابن عمة الأب . ولو أرضعته إحداهن خمس رضعات ، حرمت هي عليه ، وحرمت التي فوقها إذا كانت المرضعة بنت أخي التي فوقها ، لأنها تكون عمة أمه .

فرع : له زوجتان حلبت كل واحدة من لبنها دفعة ، ثم خلطا ، وشربه طفل دفعة ، ثبت لكل واحدة رضعة ، ولو شربه مرتين ، فهل يحسب لكل واحدة رضعتان

اعتباراً بوصول اللبن ، أم رضعة اعتباراً بالحلب ؟ وجهان ، وهو كما سبق فيما لو حلب لبن نسوة ، وخلط ، وشربه الطفل دفعة أو دفعات . وأما بين الرضيع والزوج ، فإن لم نجمع في حق الزوج رضعات زوجاته ، ثبت له رضعة واحدة ، وإن جمعنا ونظرنا إلى الحلب ، ثبت له رضعتان ، وإن نظرنا إلى وصول اللبن ثبت أربع رضعات .

فرع : كان له أربع نسوة وأمة موطوءات ، أرضعت كل واحدة طفلة بلبن غيره رضعة ، قال ابن القاص تفريعاً على ثبوت الأبوة : لو أرضعته بلبنه تحرم الطفلة عليه ، لأنها ربيبته ، وإن كان فيهن من لم يدخل بها ، لم تحرم عليه ، لما سبق أنه متى كان فيهن من لو انفردت بالرضعات الخمس ، لم تثبت الحرمة ، لا يثبت التحريم .

الباب الثاني فيمن يحرم بالرضاع

تحريم الرضاع يتعلق بالمرضعة ، والفحل الذي له اللبن ، والطفل الرضيع ، فهم الأصول في الباب ، ثم تنتشر الحرمة منهم إلى غيرهم .

أما المرضعة فتنتشر الحرمة منها إلى آبائها من النسب والرضاع ، فهم أجداد الرضيع ، فإن كان الرضيع أنثى ، حرم عليهم نكاحها . وإلى أمهاتها من النسب والرضاع ، فهن جدات للرضيع ، فيحرم عليه نكاحهن إن كان ذكراً ، وإلى أولادها من النسب والرضاع ، فهم إخوته وأخواته ، وإلى إخوتها وأخواتها من النسب والرضاع ، فهم أخواله وخالاته ، ويكون أولاد أولادها أولاد إخوة وأولاد أخوات للرضيع ، ولا تثبت الحرمة بين الرضيع ، وأولاد إخوة المرضعة ، وأولاد أخواتها ، لأنهم أولاد أخواله وخالاته .

وأما الفحل ، فكذلك تنتشر الحرمة منه إلى آبائه وأمهاته ، فهم أجداد الرضيع وجداته ، وإلى أولاده ، فهم إخوة الرضيع وأخواته ، وإلى إخوته وأخواته ، فهم أعمام الرضيع وعماته .

وأما المرتضع فتنتشر الحرمة منه إلى أولاده من الرضاع ، أو النسب ، فهم أحفاد المرضعة أو الفحل ، ولا تنتشر إلى آبائه وأمهاته وإخوته وأخواته ، فيجوز لأبيه وأخيه أن ينكحا المرضعة وبناتها وقد سبق في النكاح أن أربع نسوة يحرمن من النسب

ومثلهن قد لا يحرمن من الرضاع ، وجعلت تلك الصور مستثناة من قولنا : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد يقال : الحرمة في تلك الصور من جهة المصاهرة ، لا من جهة النسب .

فرع : إنما تثبت الحرمة بين الرضيع والفحل إذا كان منسوباً إلى الفحل بأن ينتسب إليه الولد الذي نزل عليه اللبن ، أما اللبن النازل على ولد الزنا ، فلا حرمة له ، فلا يحرم على الزاني أن ينكح الصغيرة المرتضعة من ذلك اللبن ، لكنه يكره وقد حكينا في النكاح وجهاً أنه لا يجوز له نكاح بنت زناه التي تعلم أنها من مائه(١) ، فيشبه أن يجيء ذلك الوجه هنا ، ولو نفى الزوج ولداً باللعان ، وارتضعت صغيرة بلبنه ، لم تثبت الحرمة . ولو أرضعت به ثم لاعن ، انتفى الرضيع عنه ، كما ينتفي الولد . فلو استلحق الولد بعد ذلك ، لحق الرضيع ، ولم يذكروا هنا الوجهين المذكورين في نكاحه التي نفاها باللعان ، ولا يبعد أن يسوى بينهما(٢) . ولو كان الولد من وطء شبهة ، فاللبن النازل عليه ينسب إلى الواطىء ، كما ينسب إليه الولد ، هذا هو المشهور ، وفي قول : لا تثبت الحرمة من جهة الفحل بلبن وطء الشبهة لأنه لا ضرورة إلى إثبات حرمة الرضاع بخلاف النسب .

فرع : إذا وطئت منكوحة بشبهة ، أو وطىء رجلان امرأة بشبهة ، أو نكح رجل امرأة في العدة جاهلاً ، وأتت بولد ، وأرضعت باللبن النازل عليه طفلاً ، فهو تبع للولد ، فإن لحق الولد أحدهما لانحصار الإمكان فيه ، فالرضيع ولده من

---

(١) قال ابن الرفعة : وقد صرح بطرده هنا الإمام والغزالي في البسيط ، وليس كما قال وإنما حكى الإمام الخلاف عند تحقق أنه منه بالنسبة إلى حرمة المخلوقة من زناه عليه ولم يحك وجهاً في أن التي ارتضعت من اللبن النازل على ولد الزنا يحرم على الزاني .

(٢) وهذا الذي حاوله من ذكر الوجهين فيها من المنفية في النسب لا يصح لأن الوجهين هناك فيمن لم يدخل بأمها والدخول هنا بل الحبل شرط لنسبة الابن للفحل فافترق البابان وقال ابن الرفعة : كلام الإمام مصرح بإجراء الخلاف في المرتضع من ولد الزنا وهو يطرق المرتضعة من ولد المنفي باللعان من طريق أولى على أنه قد يقال إنه لا يأتي هنا في الصورتين وإن حرمناها لأجل مفهوم وهو قوله ﷺ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . انتهى .

قال بعضهم : وأيضاً فلأن ولد النسب أقوى حكماً من ولد الرضاع ، ولذلك استدل صاحب الحاوي والبحر على أن المرتضع بلبن الزنا لا يحرم بأن ولد النسب أقوى حكماً من ولد الرضاع ، وقد انتفى عن الزاني فكان أولى أن ينتفى عنه في ولد الرضاع وأيضاً فلأن لنا قولاً إن اللبن النازل بوطء الشبهة لا يحرم المرتضع على الواطىء ولا خلاف في تحريم الولد عنه .

الرضاع ، وإن لم يلحق واحداً منهما لامتناع الإمكان ، فالرضيع مقطوع عنهما ، وإن تحقق الإمكان فيهما ، عرض الولد على القائف ، فبأيهما ألحقه ، تبعه الرضيع ، فإن لم يكن قائف ، أو نفاه عنهما ، أو أشكل ، توقفنا حتى يبلغ المولود ، فينتسب إلى أحدهما ، فإن بلغ مجنوناً ، صبرنا حتى يفيق ، فإذا انتسب ، تبعه الرضيع ، فإن مات قبل الانتساب وكان له ولد قام مقامه في الانتساب ، فإن كان له أولاد فانتسب بعضهم إلى هذا ، وبعضهم إلى هذا ، استمر الإشكال ، فإن لم يكن له ولد ، وبقي الاشتباه ، ففي الرضيع قولان ، أحدهما : أنه ابنهما جميعاً ، ويجوز أن يكون لواحد آباء من الرضاع بخلاف النسب ، وأظهرهما : لا يكون ابنهما ، لأنه تابع للولد فعلى الأول هل يكفي خمس رضعات ، أم يحتاج إلى عشر ؟ وجهان خرجهما الداركي ، وذكر في « البسيط » أن معنى هذا القول على ضعفه إثبات أبوتهما ظاهراً دون الباطن ، وهذا خلاف ما قاله الأصحاب[1] ، وإن كان القول ضعيفاً بالاتفاق . وإذا قلنا بالأظهر ، فهل للرضيع أن ينتسب بنفسه ؟ قولان نص عليهما في « الأم » أحدهما : لا كما لا يعرض على القائف ، وأظهرهما : نعم كما للمولود . والرضاع يؤثر في الأخلاق بخلاف العرض على القائف ، فإن معظم اعتماده على الأشباه الظاهرة دون الأخلاق مع أن ابن كج نقل عن ابن القطان والقاضي أبي حامد وجهين في العرض على القائف وهو غريب ، فإن قلنا : له الانتساب ، فهل يجبر عليه كما يجبر المولود ؟ وجهان ، وقيل : قولان ، أصحهما : لا ، والفرق أن النسب تتعلق به حقوق له وعليه ، كالميراث والعتق والشهادة وغيرها ، فلا بد من رفع الإشكال ، والذي يتعلق بالرضاع حرمة النكاح والامتناع منه سهل . وإذا انتسب إلى أحدهما ، كان ابنه ، وانقطع عن الآخر ، فله نكاح بنته ، ولا يخفى الورع ، وإن لم ينتسب ، أو قلنا : ليس له الانتساب ، فليس له أن ينكح بنتيهما جميعاً ، لأن إحداهما أخته ، وفي « الحاوي » وجه أنه يجوز ، ويحكم بانقطاع الأبوة عنهما ، وهذا غلط[2] . وهل له أن ينكح بنت أحدهما ؟ وجهان ، أصحهما : لا لأن إحداهما أخته ، فأشبه ما إذا

---

(١) قال في المطلب : وما نسبه إلى البسيط ذكره الامام ، وما ذكرنا أنه أصل القول المذكور أي وهو أن مجرد الوطء من غير إحبال إذا ثار به اللبن وارتضع به صبي ثبتت الأمومة وهل تثبت الأبوة فيه قولان فلعل القائل إنه ابنهما مبني عليه .

(٢) ولم يغلط الرافعي بل قال : إنه ضعيف ، والماوردي لما حكاه قال إنه الظاهر من كلام الشافعي .

اختلطت أخته بأجنبية . والثاني : يجوز وهو ظاهر ما نقله المزني ، لأن الأصل الحل في كل واحدة ، فصار كما لو اشتبه ماء طاهر بنجس بخلاف الأخت والأجنبية ، فإن الأصل في الأخت التحريم ، فصار كاشتباه الماء بالبول ، فإنه يعرض عنهما ، فإن جوزنا نكاح إحداهما فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه لا يحتاج إلى اجتهاد بخلاف الأواني المشتبهة ، فإن فيها علامات ظاهرة ، وذكر الفوراني أنه يجتهد في الرجلين أيهما الأب ، ثم ينكح بنت من لا يراه أباً ، وإذا نكح واحدة ، ثم فارقها ، فهل له نكاح الأخرى ؟ وجهان ، قال أبو إسحاق : نعم ، لأن التحريم غير متعين ، فصار كمن صلى بالاجتهاد إلى جهة يجوز أن يصلي إلى جهة أخرى باجتهاد آخر . وقال ابن أبي هريرة : لا يجوز ، واختاره القاضي أبو الطيب كالأواني .

فصل : طلق زوجته ، أو مات عنها ، ولها لبن منه ، فأرضعت به طفلاً قبل أن تنكح ، فالرضيع ابن المطلق والميت ، ولا تنقطع نسبة اللبن بموته وطلاقه ، سواء ارتضع في العدة أو بعدها ، وسواء قصرت المدة أم طالت كعشر سنين وأكثر ، وسواء انقطع اللبن ثم عاد ، أم لم ينقطع لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه ، فهو على استمراره منسوب إليه ، وقيل : إن انقطع وعاد بعد مضي أربع سنين من وقت الطلاق لم يكن منسوباً إليه كما لو أتت بولد بعد هذه المدة لا يلحقه ، هكذا خصص البغوي هذا الوجه بما إذا انقطع وعاد ، ومنهم من يشعر كلامه بطرده في صورة استمرار اللبن[1] ، وكيف كان ، فالصحيح ما سبق . فلو نكحت بعد العدة زوجاً ، وولدت منه ، فاللبن بعد الولادة للثاني ، سواء انقطع وعاد ، أم لم ينقطع لأن اللبن تبع للولد ، والولد للثاني . وأما قبل الولادة من الزوج الثاني ، فإن لم يصبها أو أصابها ولم تحبل ، أو حبلت ولم يدخل وقت حدوث اللبن لهذا الحمل ، فاللبن للأول ، سواء زاد على ما كان أم لا ، وسواء انقطع ، ثم عاد أم لا ، ويقال : أقل مدة يحدث فيها اللبن للحمل أربعون يوماً[2] . وإن دخل وقت حدوث اللبن للحمل ، فإما أن

---

(١) وما قاله البغوي جرى عليه في الكافي ، واستحسنه ابن الرفعة لأنه مع الدوام شيء واحد ولا كذلك إذا انقطع فإن احتمال حدوثه من غير جهة الأول ممكن ولا ظاهر ينافيه .

(٢) وهذا قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي وسليم وغيرهم بلفظ يقال ، وقال الماوردي : إنه لا يحدث اللبن إلا عند الحاجة إليه ، وذلك في زمان يستكمل خلقه الحمل ، ويجوز أن يولد فيه حياً ، والشافعي في الأم مثل الحالة الذي يقول أهل الخبرة فيها إنه يحدث بسبب الحمل بالثامن من شهورها =

ينقطع اللبن مدة طويلة ، وإما أن لا يكون كذلك بأن لم ينقطع ، أو انقطع مدة يسيرة ، ففي الحالة الأولى ثلاثة أقوال ، أظهرها : أنه لبن الأول ، والثاني : أنه للثاني ، والثالث : لهما . وفي الحالة الثانية ثلاثة أقوال أيضاً ، المشهور أنه للأول ، والثاني لهما ، والثالث إن زاد اللبن فلهما ، وإلا فللأول . ولو نزل للبكر لبن ، فنكحت ، ولها لبن ثم حبلت من الزوج ، فحيث قلنا فيما سبق : إن اللبن للثاني أو لهما ، فهنا يكون للزوج ، وحيث قلنا : هو للأول ، فهو هنا للمرأة وحدها ولا أب للرضيع . ولو حبلت امرأة من الزنا وهي ذات لبن من زوج ، فحيث قلنا هناك : اللبن للأول، أو لهما فهو للزوج . وحيث قلنا : هو للثاني ، فلا أب للرضيع . ولو نكحت امرأة لا لبن لها ، فحبلت ونزل لها لبن ، قال المتولي في ثبوت الحرمة بين الرضيع والزوج وجهان بناء على الخلاف ، إن جعلنا اللبن للأول لم يجعل الحمل مؤثراً ولا تثبت الحرمة حتى ينفصل الولد ، وإن جعلناه للثاني أو لهما ، ثبتت .

الباب الثالث في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم

فيه طرفان :

الأول : في الغرم عند انقطاع النكاح . الرضاع الطارىء قد يقطع النكاح وإن لم يقتض حرمة مؤبدة ، وستأتي أمثلته إن شاء الله تعالى ، وقد يقطعه لاقتضائه حرمة مؤبدة ، فكل امرأة يحرم عليه أن ينكح بنتها إذا أرضعت تلك المرأة زوجته الصغيرة خمس رضعات ، ثبتت الحرمة المؤبدة ، وانقطع النكاح . فإذا كان تحته صغيرة ، فأرضعتها أمه من النسب أو الرضاع ، أو جدته أو بنته أو حافدته منهما ، أو زوجة أبيه ، أو ابنه ، أو أخيه بلبانهم خمس رضعات ، انفسخ النكاح . فإن كان اللبن من غير الأب والابن والأخ لم يؤثر ، لأن غايته أن تصير ربيبة أبيه أو ابنه أو أخيه ، وليست بحرام . ولو أرضعتها زوجة أخرى له بلبنه ، انفسخ النكاح ، وثبتت الحرمة المؤبدة ، لأنها بنته ، وإن كان اللبن لغيره فسنذكره إن شاء الله تعالى ، ثم الصغيرة التي ينفسخ نكاحها بالرضاع تستحق نصف المسمى إن كان صحيحاً ، أو نصف مهر المثل إن كان فاسداً إلا أن يكون الانفساخ من جهتها بأن دبت، فرضعت من نائمة ،

= والتاسع منها ، وقال الجرجاني في الشافي اللبن إنما ينسب إلى الولادة في الوقت الذي يتغذى فيه وقبل الولادة من الزوج الثاني لا يوجد ذلك فإن الجنين ليس يتغذى به . انتهى ويجتمع من ذلك في المسألة أوجه .

فإنه لا شيء لها على المذهب ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، ويجب على المرضعة الغرم للزوج ، سواء قصدت بالإرضاع فسخ النكاح أم لا ، وسواء وجب عليها الإرضاع بأن لا يكون هناك مرضعة غيرها أم لا ، لأن غرامة الإتلاف لا تختلف بهذه الأسباب ، وفيما إذا لزمها الإرضاع احتمال للشيخ أبي حامد ، ثم نص هنا أن على المرضعة نصف مهر المثل ، ونص أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يلزمهم جميع مهر المثل ، فقيل : فيهما قولان نقلاً وتخريجاً ، وقيل : بتقرير النصين ، لأن فرقة الرضاع حقيقية ، فلا توجب إلا النصف . وفي الشهادة النكاح باق في الحقيقة بزعم الزوج والشهود ، لكنهما حالا بينه وبين البضع ، فغرما قيمته ، كالغاصب الحائل بين المالك والمغصوب . فإن قلنا بالقولين ، فهل هما في كل المسمى ونصفه ، أم في مهر المثل ونصفه ؟ قولان ، فحصل في الرضاع أربعة أقوال ، أظهرها عند الجمهور : نصف مهر المثل . والثاني : جميعه ، والثالث : نصف المسمى ، والرابع جميعه .

فرع : نكح العبد صغيرة ، فأرضعتها أمه ، وانفسخ النكاح ، فللصغيرة نصف المسمى في كسبه ، ولسيده الرجوع على أم العبد بالغرم ، لأنه بدل البضع ، فكان للسيد كعوض الخلع .

فرع : صغيرة مفوضة أرضعتها أم الزوج ، فلها على الزوج المتعة ، قال ابن الحداد . ويرجع الزوج على المرضعة بالمتعة . قال الأصحاب : هذا تفريع على القول الذاهب لأنه يرجع بنصف المسمى[1] والأظهر أنه يرجع بنصف مهر المثل هناك وكذا هنا ، والصورة إذا كانت الصغيرة أمة ، فزوجها السيد بلا مهر ، لأن الصغيرة الحرة لا يتصور في حقها التفويض[2] .

فرع : حلب أجنبي لبن أم الزوج ، أو كان محلوباً ، فأخذه ، وأوجره الصغيرة فالغرم على الأجنبي ، وفي قدره الأقوال الأربعة . ولو أوجرها خمسة أنفس ، فعلى كل واحد خمس الغرم ، ولو أوجرها واحد مرة ، وآخران مرتين مرتين ، فهل يوزع عليهم أثلاثاً أم على عدد الرضعات ؟ وجهان ، أصحهما

(١) سقط في ط .

(٢) وما ذكره من كلام ابن الحداد إنما يجيء إذا قلنا في غير المفوضة يرجع بنصف المسمى ممنوع بل هو مفرع على الأصح وهو الرجوع بنصف مهر المثل .

الثاني(١) .

فـرع : أكرهت على الإرضـاع ، فهل الغـرم عليهـا ، أم على المكـره ؟ وجهان ، أصحهما : عليها ، قاله الروياني .

فرع : تحته صغيـرة وكبيرة ، فـأرضعت أم الكبيرة الصغيـرة انفسخ نكـاح الصغيرة قطعاً والكبيرة أيضاً على الأظهر . ولو أرضعتها جدة الكبيرة أو أختها أو بنت أختها فكذلك(٢) . ويجوز في الصور أن ينكح واحدة منهما بعد ذلك ولا يجمعهما . ولو أرضعتها بنت الكبيرة ، فحكم الانفساخ كما ذكرنا ، وتحرم الكبيرة على التأبيد وكذا الصغيرة إن كانت الكبيرة مدخولاً بها لكونها ربيبته ، وحكم مهر الصغيرة على الزوج ، والغرم على المرضعة كما سبق ، وكذا القول في الكبيرة إذا قلنا بانفساخ نكاحها ولم تكن ممسوسة ، فإن كانت ، فعلى الزوج مهرها المسمى ، وهل تغرم المرضعة له ؟ قولان ، أحدهما : لا ، لأن البضع بعد الدخول لا يتقـوم للزوج ، ولهذا لو انفسخ النكاح بردتها بعد المسيس لا غرم عليها ، وأظهرهما : تغرم له مهر المثل ، كما لو شهدوا بالطلاق بعد الدخول ، ثم رجعوا يغرمون مهر المثل . وكما لو ادعى الزوج أنه راجعها قبل انقضاء العدة ، فأنكرت ، وصدقناها بيمينها ، فنكحت ثم أقرت بالرجعة للأول لا يقبل إقرارها على الثاني ، وتغرم للأول مهر مثلها ، لأنها أتلفت بضعها عليه .

فرع : إنما يجب الغرم في الصور السابقة على أم الزوج ومن في معناها إذا أرضعت أو مكنت الصغيرة من الارتضاع ، ولا يؤثر مع إرضاعها ارتضاع الصغيرة ، فلا يحال الانفسـاخ عليه ، فلو كـانت ذات اللبن نائمـة ، فدبت إليهـا الصغيرة ،

---

(١) وهذا الذي صححه إنما يأتي على القول بأن التحريم في الإرضاع ينسب إلى الخمس أما إذا نسب إلى آخر رضعة فلا يجب على غير الأخير شيء وخرج منه أن الراجح بمقتضى ما سيأتي من هذا البناء أن الغرم على من أرضع الخامسة خلاف ما صححه ابن كج ويؤيده نص الشافعي فيمن قالت له : طلقني ثلاثاً على ألف وهو لا يملك عليها إلا واحدة فقال : أنت طالق على الألف لأن البينونة والتحريم الذي يتوقف على التحلل : إنما حصل بالثلاثة خلافاً للمزني .

(٢) وقال الإمام : فيه طريقان قال الأكثرون في انفساخ نكاح الكبيرة قولان لأن البنوة بالنسب مقدمة على الرضاع فكانت الصغيرة كالداخلة على الكبيرة ينفسخ نكاح الصغيرة فقط كما لو تزوج امرأة في عقد ثم عاد وتزوج أختها في عقد ثان بعد الأولى فالثاني باطل فقط . وقال بعض الأصحاب ، يفسد نكاح الكبيرة قولاً واحداً . قال الإمام : ولا وجه له .

فارتضعت ، وانفسخ النكاح ، أحلنا الانفساخ على فعل الصغيرة ، فلا غرم على صاحبة اللبن ، لأنها لا فعل لها . وقال الداركي : عليها الغرم ، والصحيح الأول ، ولا مهر للصغيرة على الأصح ، وقيل : لها نصف المسمى ولا أثر لفعلها ، فعلى الأصح يرجع الزوج في مالها حيث ينفسخ نكاح الكبيرة ، بنسبة ما يغرم لها من مهر مثلها ، لأنها أتلفت عليه بضع الكبيرة ، ولا فرق في غرامة المتلفات بين الكبيرة والصغيرة . ولو وصلت قطرة بتطيير الريح إلى جوف الصغيرة ، فلها نصف المهر ولا غرم على صاحبة اللبن ، ويجيء فيه وجه الداركي ، ولو ارتضعت منها وهي مستيقظة ساكتة ، فهل يحال الرضاع على الكبيرة لرضاها به أم لا لعدم فعلها كالنائمة ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : الأصح : الثاني[١] . والله أعلم .

ولو ارتضعت الصغيرة من أم الزوج رضعتين وهي نائمة ، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات ففيه الوجهان السابقان في أن الغرم يوزع على المرضعات ، أو على الرضعات ، إن قلنا بالأول ، سقط من نصف المسمى نصفه ، ويجب على الزوج نصفه وهو الربع ، وإن قلنا بالثاني ، سقط من نصف المسمى خمساه ، ويلزم الزوج ثلاثة أخماسه ، هكذا قاله صاحبا « المهذب » و« التهذيب » وهذا تفريع على الأظهر من الأقوال السابقة في أن الرجوع بنصف مهر المثل ولو أرضعتها الأم أربع رضعات ، ثم ارتضعت الصغيرة منها وهي نائمة المرة الخامسة ، قال المتولي : في نظيره لأصحابنا وجهان ، وهو إذا طلقها ثلاثاً متعاقبات هل يتعلق التحريم بالثالثة وحدها ، أم بالثلاث ؟ إن علقنا بالثالثة يحال التحريم على الرضعة الأخيرة ، وتكون كما لو ارتضعت الخمس وصاحبة اللبن نائمة ، ولا غرم على الكبيرة ، ويسقط مهر الصغيرة . وإن علقنا بالثلاث ، تعلق التحريم هنا بالرضعات ، وعلى هذا فقياس التوزيع على الرضعات أن يسقط من نصف المهر خمسه ، ويجب على الزوج أربعة أخماسه ، ويرجع على المرضعة بأربعة أخماس مهر المثل تفريعاً على الأظهر[٢] .

---

(١) هذا الذي صححه من أنه لا ينسب إلى الكبيرة غلط فقد جزم أول الفرع بعكسه فقال : فرع إنما يجب الغرم في الصورة السابقة على أم الزوجة ومن في معناها أما إذا أرضعت أو مكنته الصغيرة فجزم بأن الفعل لا يشترط بل يكفي للتمكين وذكر الرافعي مثله وهو الحق .

(٢) قال الزركشي : قوله أربعة أخماس مهر المثل كأنه سقط لفظ نصف وهو ظاهر فليتأمل .

الطرف الثاني في المصاهرة المتعلقة بالرضاع :

فمن نكح صغيرة ، أو كبيرة ، حرمت عليه مرضعتها ، لأنها أم زوجته من الرضاع .

ولو نكح صغيرة ثم طلقها ، فأرضعتها امرأة ، حرمت المرضعة على المطلق ، لأنها صارت أم من كانت زوجته ولا نظر إلى التاريخ في ذلك .

ولو كانت تحته كبيرة فطلقها ، فنكحت صغيراً وأرضعته بلبن المطلق ، حرمت على المطلق أبداً كما تحرم على الصغير ، لأنها زوجة أبيه . ولو نكحت صغيراً ففسخت نكاحه بغيبة ، ثم نكحت آخر ، فأرضعت الأول بلبن الثاني ، انفسخ نكاحها ، وحرمت عليهما أبداً ، لأن الأول صار ابناً للثاني ، فهي زوجة ابن الثاني ، وزوجة أبي الأول . ولو جاءت زوجة أخرى للثاني ، وأرضعت الأول بلبن الثاني ، انفسخ نكاح التي كانت زوجة الصغير . ولو زوج مستولدته بعبده الصغير ، فأرضعته بلبن السيد ، حرمت على السيد والصغير معاً أبداً ، وحكى ابن الحداد أن المزني نقل عن الشافعي أنها لا تحرم على السيد ، وأن المزني أنكره على الشافعي ، وعلى ذلك جرى ابن الحداد والأصحاب فجعلوا نقل المزني غلطاً ، قال الشيخ أبو علي : لكن يمكن تخريج ما نقل على قول في العبد الصغير أنه لا يجوز إجباره على النكاح ، أو على قول في أن أم الولد لا يجوز تزويجها بحال ، أو على وجه ذكر أنه لا يجوز للسيد تزويج أمته بعبده بحال ، فإنا إذا لم نصحح النكاح على أحد هذه الآراء لم تكن زوجة الابن ، فلا تحرم على السيد . ولو أرضعته بلبن غير السيد ، انفسخ نكاحه ، لأنها أمة ، ولا تحرم على السيد ، لأنه لم يصر ابناً له ، وكذا لو أرضعت المطلقة الصغير الذي نكحته بغير لبن الزوج ، انفسخ النكاح ، ولا تحرم هي على المطلق . لو كان تحته صغيرة ، فأرضعتها أمة له قد وطئها بلبن غيره ، بطل نكاح الصغيرة ، وحرمتا أبداً . ولو كان تحت زيد كبيرة ، وتحت عمرو صغيرة ، فطلق كل واحد زوجته ونكح زوجة الآخر ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة واللبن لغيرهما ، حرمت الكبيرة عليهما أبداً ، لأنها أم زوجتهما ، فإن كانا دخلا بالكبيرة ، حرمت الصغيرة عليهما أبداً وإلا ، فلا تحرم عليهما ، ولا ينفسخ نكاحها ، وكذا لو لم يدخل زيد بها حين كانت في نكاحه لا تحرم عليه الصغيرة ، ولا ينفسخ نكاحها ، وإذا انفسخ نكاحها ، فعلى زوجها نصف المسمى ، ويرجع بالغرم على الكبيرة ، ولا

يجب للكبيرة شيء على زوجها إن لم يدخل بها ، لأن الانفساخ منها . ولو كان تحت زيد كبيرة وصغيرة ، فطلقهما ، فنكحهما عمرو ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة فحكم تحريمها عليهما على ما فصلنا ، وينفسخ نكاحهما وإن لم يدخل عمرو بالكبيرة لاجتماع الأم والبنت في نكاحه .

فصل : تحته صغيرة وكبيرة أرضعتها الكبيرة ، انفسخ نكاحهما ، وحرمت الكبيرة مؤبداً ، وكذا الصغيرة إن كانت الكبيرة أرضعتها بلبنه ، أو كانت مدخولاً بها وإلا فلا ، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى ، وفيما يرجع به على الكبيرة الأقوال الأربعة ، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن مدخولاً بها ، فإن كانت فلها المهر ، قال الأصحاب : ولا نقول : يرجع عليها بمهرها ، لكونها أتلفت عليه بضعها ، لأنه يؤدي إلى إخلاء نكاحها عن المهر . فلو كانت الكبيرة نائمة ، فارتضعت منها الصغيرة ، فلا مهر للصغيرة ، وللكبيرة نصف المسمى إن لم يدخل بها ، وجميعه إن دخل ، ويرجع بالغرم في مال الصغيرة كما سبق .

ولو أرضعتها الكبيرة أربع رضعات ، ثم ارتضعت الصغيرة منها الخامسة وهي نائمة قال المتولي : إن قلنا التحريم يتعلق بالرضعات ولم نحله على الرضعة الخامسة ، سقط خمس مهر الصغيرة بفعلها ، ونصفه بالفرقة قبل الدخول ، ويجب على الزوج خمس ونصف ، ويرجع على الكبيرة بثلاثة أعشار مهر المثل على الأظهر ، وفي قول بأربعة أخماسه ، وأما الكبيرة ، فيسقط أربعة أخماس مهرها بفعلها ، والباقي بالفرقة قبل الدخول ، لأن مقتضاها سقوط النصف والباقي دون النصف فيسقط[1] ، وقياس ما قدمناه عن « المهذب » و « التهذيب » أن يقال : يسقط الخمس من نصف مهر الصغيرة ، ويجب أربعة أخماسه وهما خمسا الجملة ، ويسقط أربعة أخماس نصف مهر الكبيرة ويجب خمسه . ولو كانت الكبيرة أمة نكحها ، تعلق الغرم برقبتها ، وإن أرضعت الصغيرة أمته ، أو ام ولده ، فلا غرم عليها للزوج ، لأن السيد لا يستحق على مملوكه مالاً . ولو كانت أمته ، أو أم ولده ، فأرضعت الصغيرة ، فعليها الغرم له ، فإن عجزها سقطت المطالبة بالغرم . ولو كانت

(١) وهذا حاوله قياساً ولم يجده منقولاً قد صرح به الروياني في البحر ، فقال : فعلى هذا إذا كانت الصغيرة انفردت برضعة واحدة والكبيرة بأربع سقط من نصف مهر الصغيرة خمسه وبقي لها أربعة أخماس النصف من مهرها .

مستولداته الخمس فأرضعن زوجته الصغيرة رضعة رضعة ، صارت بنتاً له على الأصح ، فينفسخ النكاح ، ويرجع عليهن بالغرم إن أرضعن ، وإلا فجميع الغرم على الخامسة ، ويمكن أن يجيء فيه خلاف في حوالة التحريم على الرضعات ، فتكون كما لو أرضعن معاً .

فرع : تحته كبيرة وثلاث صغائر ، فأرضعتهن بلبنه أو بغيره ، وهي مدخول بها ، حرم الأربع مؤبداً، سواء أرضعتهن معاً أو متعاقباً ، وعليه المسمى للكبيرة ، ونصف المسمى لكل صغيرة ، وعلى الكبيرة الغرم . فإن لم يكن مدخولاً بها ، وليس اللبن له ، نظر إن أرضعتهن معاً الرضعة الخامسة من لبنها المحلوب ، أو ألقمت ثنتين ثديها ، وأوجرت الثالثة من لبنها المحلوب انفسخ نكاح جميعهن ، وحرمت الكبيرة مؤبداً ، ولا تحرم الصغائر مؤبداً ، بل له تجديد نكاح إحداهن ، ولا يجمع ثنتين ، لأنهن أخوات . وإن أرضعتهن مرتباً ، حرمت الكبيرة مؤبداً ولا تحرم الصغائر مؤبداً ، ثم للترتيب أحوال ، أحدها : أن ترضع ثنتين معاً ، ثم الثالثة ، فينفسخ نكاح الأوليين ، ولا ينفسخ نكاح الثالثة لانفرادها ووقوع إرضاعها بعد اندفاع نكاح أمها وأختها .

الحال الثاني : أن ترضع واحدة أولاً ، ثم ثنتين ، فينفسخ نكاح الأربع ، أما الأولى والكبيرة فلاجتماع الأم والبنت ، وأما الأخريان ، فلأنهما صارتا أختين .

الثالث : أن ترضعهن متعاقباً ، فينفسخ نكاح الأولى مع الكبيرة لما ذكرنا ، ولا تنفسخ الثانية بمجرد ارتضاعها ، لأنها ليست محرمة ، ولم تجتمع هي وأم ولا أخت ، فإذا ارتضعت الثالثة ، انفسخ نكاحها . لأنها صارت أختاً للثانية التي هي في نكاحه ، وهل ينفسخ معها نكاح الثانية ، أم يختص الانفساخ بالثالثة ؟ قولان ، وينسب الثاني إلى الجديد ، ورجحه الشيخ أبو حامد ، والأول إلى القديم ، وهو الأظهر عند أكثر الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، واختاره المزني ، فعلى هذا المسألة من المسائل التي رجح فيها القديم . ولو كان تحته كبيرة وصغيرة ، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة ، فقيل : ينفسخ نكاحهما قطعاً ، والأصح انفساخ الصغيرة ، وأن الكبيرة على القولين ، وبه قال القاضي أبو الطيب . ولو كانت تحته صغيرتان أرضعتهما أجنبية ، نظر إن أرضعتهما معاً انفسخ نكاحهما ، لأنهما صارتا اختين معاً ، وحرمت الأجنبية مؤبداً ، لأنها أم زوجتيه ، وله نكاح إحدى الصغيرتين . وإن

أرضعتهما متعاقباً ، لم تنفسخ الأولى بإرضاعها ، فإذا أرضعت الثانية ، انفسخت قطعاً ، وفي انفساخ الأولى القولان ، الأظهر الانفساخ .

فرع : تحته صغيرة وثلاث كبائر ، أرضعتها كل كبيرة خمساً ، انفسخ نكاح الجميع ، لأن الكبائر أمهات زوجته ، والصغيرة ، بنت زوجاته ، وحرمت الكبائر مؤبداً ، وكذا الصغيرة إن كان دخل بكبيرة ، وإلا فله نكاحها .

فرع : تحته أربع صغائر أرضعتهن أجنبية واحدة بعد واحدة ، فلا أثر لرضاع الأولى في نكاح واحدة منهن ، فإذا ارتضعت الثانية أختاً للأولى ، فينفسخ نكاح الثانية ، وفي الأولى القولان ، فإن فسخناها ، فإذا أرضعت الثالثة ، لم ينفسخ نكاحها ، فإذا أرضعت الرابعة انفسخ نكاحهما ، وإن قلنا : لا ينفسخ نكاح الأولى ، فإذا أرضعت الثالثة ، انفسخ نكاحها ، لأنها صارت أختاً للأولى وكذا الرابعة .

ولو أرضعتهن معاً ، أو أرضعت ثنتين معاً ، ثم ثنتين معاً ، انفسخ الجميع .

فرع : تحته صغيرتان وكبيرتان أرضعت كل واحدة من الكبيرتين واحدة من الصغيرتين ، حرمن كلهن مؤبداً إن دخل بالكبيرتين ، أو لم يدخل بهما ، حرمت الكبيرتان مؤبداً ، وانفسخ نكاح الصغيرتين في الحال ، وله تجديد نكاحهما ، والجمع بينهما لعدم الاخوة . ولو أرضعتهما إحدى الكبيرتين مرتباً ، انفسخ نكاح الأولى والمرضعة ، لاجتماع الأم والبنت ، ولم تنفسخ الصغيرة الثانية ، فإذا أرضعتهما الكبيرة الثانية بعد إرضاع الأولى على ترتيب الثانية الأولى ، انفسخ نكاحها بإرضاع الصغيرة الأولى ، ولم ينفسخ نكاح الصغيرة الثانية لأنه لم يحصل في حقها اجتماع أم وبنت في النكاح . وإن أرضعتهما على عكس ترتيب المرضعة الأولى انفسخ نكاح الجميع ، وله تجديد نكاح كل صغيرة إن لم يدخل بالكبيرتين ، ولا يجوز الجمع بينهما .

فرع : تحته كبيرتان وصغيرة ، فأرضعتاها دفعة بأن أوجرتاها لبنهما المحلوب المخلوط ، انفسخ نكاح الثلاث ، وحرمت الكبيرتان مؤبداً ، وكذا الصغيرة إن دخل بكبيرة وإلا فلا تحرم مؤبداً ، وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى ، ويرجع على الكبيرتين بالغرم . وأما الكبيرتان ، فإن كان دخل بهما ، فعليه لكل واحدة منهما جميع المسمى ، ويرجع على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتها تفريعاً على

الأظهر ، وهو إثبات الرجوع في غرم مهر الكبيرة الممسوسة ، وذلك لأن انفساخ نكاح كل واحدة حصل بفعلها وفعل صاحبتها ، فسقط النصف لفعلها ، ووجب النصف على صاحبتها . وإن لم يدخل بواحدة منهما ، فلكل واحدة منهما ربع المسمى ، لأن الانفساخ حصل بفعلهما ، فسقط بفعل كل واحدة نصف الشطر الواجب قبل الدخول ، ووجب النصف الآخر ، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بربع مهر مثل الأخرى تفريعاً على الأظهر ، وهو أن التغريم في حق غير الممسوسة يكون بنصف مهر المثل . وإن كانت إحداهما مدخولاً بها دون الأخرى ، فللمدخول بها تمام المسمى وللأخرى ربع مسماها ، ويرجع الزوج على التي لم يدخل بها بنصف مهر مثل المدخول بها وعلى المدخول بها بربع مهر مثل التي لم يدخل بها . ولو كانت المسألة بحالها لكن أوجرتها اللبن المخلوط في المرة الخامسة إحدى الكبيرتين وحدها فحكم التحريم كما سبق ، ويرجع الزوج بمهر الصغيرة على المرضعة في الخامسة وحدها ، وفيما يرجع به الأقوال . وأما الكبيرتان فالتي لم تؤجر ، إن كانت مدخولاً بها ، فلها على الزوج تمام المسمى ، ويرجع الزوج بمهر مثلها على الموجرة على الأظهر ، وإن لم يكن مدخولاً بها ، فلها على الزوج نصف المسمى ، ويرجع بالغرم على المُوجرة كما في الصغيرة ، وأما الموجرة ، فإن كانت مدخولاً بها ، فلها جميع المهر ، وإلا فلا شيء لها ، لأنها سبب الفرقة ، هذا كله إذا كان من غير الزوج ، فإن كان لبنه ـ والتصوير كما سبق ـ صارت الصغيرة بنته ، وحرمت مؤبداً ، ولو تم التحريم في حق الزوج دون الكبيرتين بأن أرضعت هذه بعض الخمس وهذه بعضها، حصل التحريم في حقه على الأصح كما سبق وحرمت الصغيرة مؤبداً، لأنها بنته ، ولا ينفسخ نكاح الكبيرتين ، لأنه لم تصر واحدة منهن أُماً ، ثم إن حصلت الرضعات متفرقات بأن أرضعت هذه ثلاثاً ، وتلك مرتين ، فالغرم على التي أرضعت الخامسة كذا ذكره الشيخ أبو علي ، وقد سبق ما يقتضي خلافاً فيه . وإن اشتركتا في الخامسة بأن أرضعت كل واحدة رضعتين ، ثم أوجرتاها لبنهما المخلوط دفعة ، فالغرم عليهما بالسوية . ولو حلبت إحداهما لبنها ثلاث دفعات في ثلاثة أوعية ، والأخرى دفعتين في إنائين ، ثم جمع الجميع ، وأوجرته الصغيرة ، فإن أوجرتها إحداهما ، فالغرم عليها ، وإن أوجرتاها ، فهل تغرمان بالسوية ، أم أخماساً ؟

وجهان ، أصحهما بالسوية[1] . ولو حلبت إحداهما أربعاً في أربعة أوعية ، والأخرى ثلاثاً في ثلاثة ، ثم خلط ، وأوجرتاها معاً ، فتغرمان بالسوية أم أسباعاً ؟ فيه الوجهان .

فرع : تحته ثلاثة صغائر ، فجاءت ثلاث خالات للزوج من الأبوين وأرضعت كل واحدة صغيرة ، لم يؤثر ذلك في نكاحهن ، لأنه يجوز الجمع بين بنات الخالات . فلو جاءت أم أم الزوج بعد ذلك ، وأرضعت زوجة صغيرة رابعة للزوج ، حرمت الرابعة مؤبداً ، لأنها صارت خالته وخالة الصغائر الثلاث ، واجتمعت هي وهن في النكاح ، وفي انفساخ نكاح الثلاث القولان السابقان . وكذا الحكم لو أرضعت الرابعة امرأة أبي أم الزوج بلبنه . ولو كانت الخالات متفرقات ، وأرضعن الثلاث ، ثم أرضعت الرابعة أم أم الزوج ، انفسخ نكاحها ، ولا ينفسخ نكاح الصغيرة التي أرضعتها الخالة للأب ، وفي الأخريين القولان . ولو كن متفرقات وأرضعت الرابعة امرأة أبي الزوج ، انفسخ نكاح الرابعة ، ولا ينفسخ نكاح التي أرضعتها الخالة للأم ، وفي الأخريين القولان . ولو أرضعت الصغائر ثلاث عمات للزوج من الأبوين ، أو من الأب ، ثم أرضعت الرابعة أم أبيه أو امرأة أبي أبيه بلبنه ، فالحكم كما ذكرنا في الخالات .

فرع : تحته كبيرة وثلاث صغائر وللكبيرة ثلاث بنات ، فأرضعت كل واحد منهن صغيرة ، فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها حرمن مؤبداً ، سواء أرضعهن معاً أو مرتباً ، وعلى الزوج مهر الكبيرة بتمامه ، ويرجع بغرمه على الأظهر عليهن إن أرضعن معاً ، وعلى الأولى إن أرضعن مرتباً ، ولكل صغيرة على الزوج نصف المسمى ، ويرجع بالغرم لكل صغيرة على مرضعتها . وإن لم تكن الكبيرة مدخولاً بها ، فإن أرضعن معاً المرة الخامسة ، انفسخ نكاحهن ، لاجتماع الجدة والحفدة ، وتحرم الكبيرة مؤبداً دون الصغائر ، وعلى الزوج نصف المسمى للكبيرة ولكل صغيرة ، ويرجع بغرم كل صغيرة على مرضعتها ، وبنصف مهر مثل الكبيرة ، وعلى الثلاث على كل واحدة سدس ، وإن أرضعن مرتباً ، فبإرضاع الأولى تنفسخ الكبيرة وتلك

(١) قال الشيخ البلقيني : قوله ثم جمع الجميع إلى آخره هو مفرع على الوجه الضعيف الصائر إلى أن مثل ذلك يحسب خمس رضعات والأصح أنه يحسب رضعة واحدة .

الصغيرة ، ولكل واحدة منهما نصف المسمى على الزوج ، ويرجع بالغرم ، ولا ينفسخ نكاح الأخريين ، سواء أرضعتا معاً أو مرتباً ، لأنهما لم تصيرا أختين ، ولا اجتمعت الجدة وهما . ولو أرضعت اثنتان صغيرتين معاً ، ثم أرضعت الثالثة ، لم ينفسخ نكاح الثالثة وانفسخ نكاح الكبيرة والصغيرتين الأوليين وعلى الزوج نصف المسمى لكل واحدة منهن ويرجع بغرم كل صغيرة على مرضعتها وبغرم الكبيرة على المرضعتين جميعاً .

فرع : نكح صغير صغيرة هي بنت عمه ، فأرضعت جدتهما أم أبي كل واحد منهما أحدهما ، ثبتت الحرمة بينهما ، وانفسخ النكاح ، وكذا الحكم لو كانت أم أبي الصغير غير أم أبي الصغيرة بأن كان أبواهما أخوين لأب ، فأرضعت إحدى الجدتين أحد الصغيرين بلبن جدهما ،انفسخ النكاح . ولو نكح صغير بنت عمته الصغيرة ، فجاءت الجدة التي هي أم أبي الصغير ، وأم أم الصغيرة ، فأرضعت أحدهما ، انفسخ النكاح ، وكذا لو كانت أم أبي الصغير غير أم أم الصغيرة ، وأرضعت جدتهما أم أم كل واحد منهما أحدهما ، انفسخ . ولو نكح صغير بنت خاله ، فأرضعت جدتهما أم أم الصغير وأم أبي الصغيرة أحدهما ، انفسخ ، وتنزيلاتها ظاهرة ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع في الاختلاف

فيه ثلاثة أطراف :

الأول في دعوى الرضاع وحكمها :

فإذا قال : فلانة أختي أو بنتي من الرضاع ، أو قال : فلان أخي أو ابني من الرضاع ، واتفقا على ذلك ، لم يحل النكاح بينهما بشرط الامكان[1] ، فإن لم يمكن

---

(١) قال في الخادم : قضيته قبول الإقرار من غير تفصيل الخلاف الشهادة وهو الذي أطلقه الجمهور . وقال الماوردي : إذا حكم به بإقرارهما لم يحتج في الإقرار إلى صفة الرضاع ولا ذكر العدد بخلاف الشهادة وإن قال رجل : بيني وبينها رضاع افتقر التحريم إلى ذكر العدد وإن قال : هي أختي من الرضاع لم يفتقر إلى ذكر العدد إن كان مجتهداً وإلا احتمل وجهين : أحدهما ، يلزم ذكر العدد ويرجع فيه إليه بعد إقراره بالتحريم . وما ذكره الماوردي من الفرق بين الصيغتين مخالف لإطلاق الجمهور ولا يتجه . انتهى وما أطلقه الأئمة مشكل فإن العامي قد يظن أن الرضعة الواحدة محرمة فكان القياس التفصيل .

بأن قال : فلانة بنتي وهي أكبر سناً منه ، فهو لغو . وإذا صح الإقرار ، ثم رجعا ، أو رجع المقر ، لم يقبل رجوعه ، ولا يصح النكاح . ولو اتفق الزوجان على أن بينهما رضاعاً محرماً ، فرق بينهما ، وسقط المسمى ، ويجب مهر المثل إن دخل بها ، وإلا فلا شيء . وإن اختلف الزوجان في الرضاع ولا بينة ، فإن ادعاه الزوج وأنكرته ، قبل في حقه فقط ، فيحكم ببطلان النكاح ، ويفرق بينهما ، ويجب لها نصف المسمى إن كان قبل الدخول ، وجميعه إن كان بعده ، وله تحليفها قبل الدخول وكذا بعده إن كان مهر المثل أقل من المسمى ، فإن نكلت ، حلف الزوج ، ولا شيء لها قبل الدخول ، ولا يجب أكثر من مهر المثل بعد الدخول . وإن ادعت الرضاع وأنكر ، فقد سبق في كتاب النكاح أنه إن جرى التزويج برضاها ، لم يقبل قولها ، بل يصدق الزوج بيمينه . وإن جرى بغير رضاها فأيهما المصدق بيمينه ؟ وجهان ، ظاهر كلام الشافعي وبه أجاب العراقيون ، وصححه الغزالي أنه المصدق ، وذكرنا هناك أن الأصح عند الشيخ أبي علي وجماعة أنها المصدقة ، وبه أجاب المتولي والبغوي ، ونقله القفال عن النص[1] . وإذا مكنت الزوج وقد زوجت بغير رضاها ، فتمكينها كرضاها ، والورع للزوج إذا ادعت الرضاع أن يدع نكاحها بتطليقة لتحل لغيره إن كانت كاذبة ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وليس لها المطالبة بالمسمى إذا ادعت الرضاع ، لأنها لا تستحقه بزعمها ، ولها المطالبة بمهر المثل إن جرى دخول ، فإن كان ذلك بعد دفع الزوج الصداق ، لم يتمكن من الاسترداد لزعمه ، ويشبه أن يكون فيما يفعل بذلك المال الخلال المذكور فيما إذا أقر لغيره بمال فأنكره المقر له .

فرع : أقرت أمة بأخوة الرضاع لغير سيدها ، يقبل ، فإذا اشتراها ذلك الغير ، لم يحل له وطؤها ، وإن أقرت لسيدها ، لم يقبل بعد التمكين ، وقبله وجهان .

الطرف الثاني : في كيفية الحلف في الرضاع :

من الأصول الممهدة أن الحالف على فعل غيره يحلف على البت إن كان

(١) ما أطلقه من تصديقه إذا زوجت برضاها يصور به في من عرفته بعينه فأما لو زوجت برضاها لكن لم تعينه بأن قالت لوليها زوجني ممن شئت فزوجها الولي منه فيكون كما لو زوجت بغير رضاها .

إثباتاً ، وعلى نفي العلم إن كان نفياً ، والغرض هنا أن منكر الرضاع يحلف على نفي العلم ، ومدعيه يحلف على البت يستوي فيه الرجل والمرأة ، فلو نكلت عن اليمين ، ورددناها على الزوج ، أو نقل الزوج ورددناها عليها ، فاليمين المردودة تكون على البت ، لأنها مثبتة ، وقال القفال على نفي العلم ، وقيل : إن غير المنكر منهما على البت ، وقيل : يمينه إذا أنكر على البت ، ويمينها على نفي العلم ، والمذهب الأول . ولو ادعت الرضاع فشك الزوج ، فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها ، فإن قلنا : الحلف على نفي العلم ، فله أن يحلف ، وإن قلنا : على البت ، فلا .

الطرف الثالث : في الشهادة على الرضاع فيه مسائل :

إحداها : يثبت الرضاع بشهادة رجلين ، وبرجل وامرأتين ، وبأربع نسوة كالولادة ، ولا يثبت بدون أربع نسوة ، ولا يثبت الإقرار بالرضاع إلا برجلين ، وفي « التتمة » أنه لو كان النزاع في شرب اللبن من ظرف ، لم تقبل فيه شهادة النسوة المتمحضات ، لأنه لا يختص باطلاع النساء[1] ، وإنما تقبل شهادتهن إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي ، وأنه تقبل شهادتهن على أن اللبن الحاصل في الظرف لبن فلانة ، لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالباً .

الثانية : لو كان فيمن يشهد بالرضاع ، أم المرأة ، أو بنتها على حرمة الرضاع بينها وبين الزوج فإن كان الزوج مدعياً ، والمرأة منكرة ، قبلت شهادتها ، وإن انعكس ، فلا ، قال الأصحاب : ولا يتصور أن تشهد على أمها أنها ارتضعت من أم الزوج ، لأن الشهادة على الرضاع تعتبر فيها المشاهدة ، لكن

(١) فيه أمران :

أحدهما : هذا الذي نقله عن التتمة يوهم قبوله مع الرجال وليس كذلك فإنه صرح بأنه لا يثبت إلا برجلين ، وعبارته ، وإذا كان التنازع في شرب اللبن من طرف حلب لبنها فيه لم تقبل إلا شهادة رجلين . انتهى .

الثاني : أن صاحب التتمة لم ينفرد به فقد ذكره القفال والقاضي الحسين وإبراهيم المروذي والبغوي في تعاليقهم ، ويشهد له أن الماوردي في كتاب الشهادات حكى الإجماع على أن عيوب النساء في الوجه والكفين لا تقبل فيه إلا شهادة الرجال ، وعلله بخروجه عن العورة في حق الرجال والنساء فلم تدع الضرورة إلى انفراد النساء فوجب اعتماد ما قاله في التتمة .

يتصور أن تشهد أنها أرضعت الزوج أو أرضعته أمها أو أختها ، ولو شهدت الأُم أو البنت من غير تقدم دعوى على سبيل الحسبة ، قبلت وإن احتمل كون الزوجة مدعية ، لأن الرضاع تقبل فيه شهادة الحسبة ، وهذا كما لو شهد أبو الزوجة وابنها أو ابناها ابتداء أن زوجها طلقها ، قبلت . ولو ادعت الطلاق ، فشهدا ، لم تقبل .

الثالثة : لا تقبل شهادة المرضعة وحدها ، وهل تقبل شهادتها فيمن يشهد إن ادعت أجرة الرضاع ، لم تقبل ، وفي وجه حكاه الماوردي عن أبي إسحاق : تقبل في ثبوت الحرمة دون الأجرة ، والصحيح المنع فيهما[1] ، وإن لم تدع أجرة ، نظر إن لم تتعرض لفعلها بأن شهدت بأخوة الرضاع بينهما ، أو على أنهما ارتضعا منها ، قبلت شهادتها ، ولا نظر إلى ما يتعلق به من ثبوت المحرمية ، وجواز الخلوة والمسافرة ، فإن الشهادة لا ترد بمثل هذه الأغراض . ولهذا لو شهد رجلان أن زيداً طلق زوجته ، أو أعتق أمته ، قبل بلا خلاف[2] ، وإن استفادا حل مناكحتها . وإن شهدت على فعل نفسها ، فقالت : أرضعتهما ، فوجهان ، أحدهما : لا تقبل ، كما لا تقبل شهادتها على ولادتها، ولا شهادة الحاكم على حكم نفسه بعد العزل، ولا القسام على القسمة . وأصحهما : تقبل ، وبه قطع الأكثرون ، لأنها لا تجر بها نفعاً ولا تدفع ضرراً بخلاف الولادة ، فإنه يتعلق بها حق النفقة والإرث ، وسقوط القصاص وغيرها ، وتخالف شهادة الحاكم والقسام ، فإن فعلهما مقصود ، وفعل المرضعة غير مقصود ، وإنما المعتبر وصول اللبن إلى الجوف ، ولأن الشهادة بالحكم والقسمة تتضمن تزكية النفس .

---

(١) قضيته أن الخلاف جار في القبول بالنسبة إلى ثبوت الأجرة والحرمة ، وليس كذلك فإنه لا خلاف في عدم القبول بالنسبة إلى الأجرة
وقد أهمل من كلام الرافعي حكاية التخريج المذكور ، وقضية التخريج ترجيح القبول وهو خلاف ما صرح به المصنف رحمه الله بتصحيحه . قاله في الخادم .

(٢) فيه أمران :
أحدهما : الجزم بالقبول فيما إذا شهدت بأخوة الرضاع بينهما فيه نظر يتلقى من حكاية الخلاف بعد ذلك في أنه هل يشترط التعرض للكيفية في الرضاع أو لا وينبغي أن يخرج فيه وجه أنه لا يقبل كما إذا شهد الحاكم بعد العزل أن حاكماً حكم بكذا ولم يعين نفسه أنه لا يقبل على وجه لأنه قد يريد نفسه .
الثاني : ما استدل به على الجواز فيه نظر ويمكن الفرق بأن الشهادة بالطلاق والعتق لا يترتب عليه المقصود إلا بواسطة تحدث ليس لها الاستقلال بها ولا كذلك جواز الخلوة وثبوت المحرمية .

فرع : إذا لم يتم نصاب الشهادة بأن شهدت المرضعة وحدها ، أو امرأة أجنبية ، أو امرأتان ، أو ثلاث ، فالورع أن يترك نكاحها ، وأن يطلقها إن كان ذلك بعد النكاح .

فرع : لو شهد اثنان بالرضاع ، وقالا : تعمدنا النظر إلى الثدي لا لتحمل الشهادة ، لم تقبل شهادتهما لأنهما فاسقان بقولهما ، وفي النظر إلى الثدي لتحمل الشهادة خلاف سبق في أول النكاح الأصح الجواز .

قلت : مجرد النظر معصية صغيرة لا ترد به الشهادة ما لم يصر عليه فاعله ، ويشترط أيضاً أن لا تكون ظهرت توبته بعد ذلك . والله أعلم .

المسألة الرابعة : أطلق جماعة منهم الإمام أن الشهادة المطلقة أن بينهما رضاعاً محرماً ، أو حرمة الرضاع ، أو أخوته ، أو بنوته مقبولة ، وقال الأكثرون : لا تقبل مطلقة ، بل يشترط التفصيل والتعريض للشرائط ، وهو ظاهر النص ، قال البغوي : وهو الصحيح لاختلاف المذاهب في شروط الرضاع ، فاشترط التفصيل ليعمل القاضي باجتهاده ، ويحسن أن يتوسط فيقال : إن أطلق فقيه[1] يوثق بمعرفته قبل وإلا فلا ، وينزل الكلامان عليه ، أو يخص الخلاف بغير الفقيه ، وقد سبق مثله في الإخبار بنجاسة الماء . والمانعون من قبول المطلقة ذكروا وجهين في قبول الشهادة المطلقة على الإقرار بالرضاع . ولو قال : هي أختي من الرضاع ، ففي « البحر » وغيره أنه لا يفتقر إلى ذكر الشروط إن كان فقيهاً ، وإلا فوجهان ، وفرقوا بين الشهادة والإقرار بأن المقر يحتاط لنفسه ، فلا يقر إلا عن تحقيق .

الخامسة : إذا شهد الشاهد على فعل الرضاع والارتضاع ، لم يكف ، وكذلك في الإقرار ، بل لا بد من التعرض للوقت والعدد بأن يشهد أنها أرضعته ، أو ارتضع

---

(١) اعلم أن الروياني أخذ ذلك من الحاوي لكنه لم يذكر الفقيه بل المجتهد وعبارته : وإن قال هي أختي من الرضاع لم يفتقر إلى ذكر العدد إن كان مجتهداً وإلا احتمل وجهين : أحدهما يلزمه ذكر العدد ويرجع فيه إليه بعد إقرارة بالتحريم انتهى . وهذا هو الصواب أعني فرض المسألة في المجتهد وإلا فالفقيه المتذهب إذا لم يكن موافقاً في المذهب فقد يقال إنه كغيره إلا أن يقال يلزمه بمقتضى اجتهاد إمامه .

منهـا في الحـولين خمس رضعـات متفـرقـات[1]، وفي اشتـراط ذكـر وصـول اللبن إلى الجوف وجهان ، أصحهما : نعم وبه قطع المتولي وغيره ، كما يشترط ذكر الإيلاج في شهادة الزنى . والثاني : لا ، لأنه لا يشاهد قال في « البسيط » . ولا شك أن للقاضي أن يستفصله ، ولو مات الشاهد قبل الاستفصال[2] ، هل للقاضي التوقف ؟ وجهان .

فرع : الشاهد قد يستيقن وصـول اللبن إلى الجوف بـأن يعاين الحلب ، وإيجار الصغير المحلوب وازدراده ، وحينئذ يشهد به ، ولا إشكال . وقـد يشاهـد القرائن الدالة عليه وهي التقام الثدي وامتصاصه ، وحركة الحلق بالتجرع والازدراد بعد العلم بأنها ذات لبن ، وهذا يسلطه على الشهـادة ، ولا يجوز أن يشهـد على الرضاع بأن يراها أخذت الطفل تحت ثيابها ، وأدته منها كهيئة المرضعة ، لأنها قد توجره لبن غيرها في شيء كهيئة الثدي ، ولا بأن يسمع صوت الامتصاص فقد يمتص أصبعه أو أصبعها . ولو شاهد التقام الثدي والامتصاص وهيئة الازدراد ، ولـم يعلم كونها ذات لبن ، فهل له الشهـادة لظاهـر الحال أم لا ، لأن الأصـل عدم اللبن ؟ وجهان ، أصحهما الثاني ، ولا يكفي في أداء الشهادة حكاية القرائن بأن يشهد برؤية

---

(١) وكذا قال المحاملي في التجريد والجرجاني في الشافي والمتـولي في التتمة والبغـوي في التهذيب والخوارزمي في الكافي وابن الصباغ في الشامل وقال القـاضي أبو الـطيب يقول في خمسـة أوقات مختلفة . وفي قوله متفرقات كناية عن ذلك .

(٢) أطلق الاستفصال وهو مشكل ، فإنه إن كان المراد به ما إذا اقتصر الشاهد على قوله أشهد أن بينهما رضاعاً محرماً فلا شك في وجوب الاستفصال بل صيغة الشهادة مختلفة بناء على عدم سماع الشهادة المطلقة كما هو الأصح . وإن كان المراد به ما إذا تعرض الشـاهد للشـروط فأي معنى لـلاستفسار مع هذا التفصيل والموجب لهذا تابعه الغزالي على إطلاقه ، ولو راجع كلام الإمام لاتضح المراد فإنه ذكر ذلك في ذكر الشاهد وصول اللبن إلى جوف الصبي والتصريح به ، وأنه هل يشترط عليه تصريحه بذلك أم يكتفى بذكر العدد والوقت ؟

قال : فإن صرح بوصول اللبن إلى الجوف فهو المراد وإن لم يذكره واستراب القاضي وجوز أن يكون الإرضاع غير مفض إلى وصول اللبن إلى الجوف الوصول المعتبر فله أن يستفصل الشاهد بلا خلاف ، فلو شهد على الإرضاع ولم يفصل وصول اللبن إلى الجوف ومات الشاهد قبل سؤال القاضي له هل يجوز للقاضي التوقف في الشهادة خلاف انتهى .

يعلم من هذا أن مسألة الاستفصال إنما هي فيما إذا لم يذكر الشاهد وصول اللبن إلى الجوف واقتصر على قوله أشهد أنها أرضعته خمساً في الحولين فتفطن لذلك . قاله في الخادم .

الالتقام والامتصاص والتجرع من غير تعرض لوصول اللبن إلى الجوف ولا للرضاع المحرم ، وإن كان مستند علمه تلك القرائن ، لأن معاينتها تطلع على ما لا تطلع عليه الحكاية ، فإن أطلعته على وصول اللبن ، فليجزم به على قاعدة الشهادات وبالله التوفيق .

كتابُ النفقَاتِ(١)

لوجوب النفقة ثلاثة أسباب : ملك النكاح ، وملك اليمين ، وقرابة البعضية(٢) فالأولان يوجبان النفقة للمملوك على المالك ولا عكس ، والثالث يوجبها لكل واحد من القريبين على الآخر لشمول البعضية والشفقة ، ويشتمل الكتاب على ستة أبواب ، أما نفقة الزوجة ، فواجبة بالنصوص ، والإجماع ، وفيها ثلاثة أبواب :

الأول : في قدر الواجب وكيفيته وفيه طرفان : الأول فيما يجب وهو ستة

(١) جمع نفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير .
والأصل فيها كتاب الله عزَّ وجلّ وسنة رسول الله ﷺ :
فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ إلى قوله ﴿ ذلك أدنى أن لا تعولوا ﴾ .
قال الشافعي رحمه الله : أن لا تعولوا أي لا يكثر عيالكم ويكثر من تمونون . قال البندنيجي رحمه الله : فموضع الدلالة من هذا هو أن الله تعالى ندبه إلى الواحدة لئلا تكثر النفقة والمؤنة فلولا أن النفقة واجبة عليه لما بين له وبدليل قوله تعالى ﴿ الرجال قوامون على النساء ﴾ والقائم بالشيء هو الذي يقوم به .
وأما السنة فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله معي دينار .
قال : أنفقه على نفسك . قال : معي آخر .
قال : أنفقه على أهلك . قال : معي آخر .
قال : أنفقه على خادمك . قال : معي آخر .
قال : أنت تعلم ، وفي رواية قال : أنفقه في سبيل الله وذلك أيسر فقد جمع هذا الخبر النفقة على ذوي الأنساب .

(٢) يرد على الحصر صور :
منها : على المالك في المساقاة والقراض فإنها إذا شرطت على العامل جاز في الأصح ، ولو عبر الشيخ بالشرع لخرجت الصورتان .
=

أنواع : الأول الطعام ، أما قدره ، فيختلف باختلاف حال الزوج باليسار والإعسار ، ولا تعتبر فيه الكفاية ، ولا ينظر إلى حال المرأة في الزهادة والرغبة ، ولا إلى منصبها وشرفها ، وتستوي فيه المسلمة والذمية ، الحرة والأمة ، فعلى الموسر مدان ، والمعسر مد والمتوسط مد ونصف ، والاعتبار بمد النبي ﷺ وهو مائة وثلاثة وسبعون درهماً وثلث درهم .

قلت : هذا تفريع منه على أن رطل بغداد مائة وثلاثون درهماً ، والمختار أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم ، كما ذكرته في باب زكاة النبات . والله أعلم .

وحكى الشيخ أبو محمد قولاً أن نفقة الزوجة يعتبر فيها الكفاية كنفقة القريب ، وحكى صاحب « التقريب » قولاً أن المعتبر ما يفرضه القاضي ، وعليه أن يجتهد ويقدر ، وهذان القولان شاذان . وحكى ابن كج عن ابن خيران وغيره أن المعتبر عرف الناس في البلد . والمذهب : التقدير كما سبق .

وفيما يضبط به اليسار والإعسار والتوسط أوجه ، أحدها : العادة وتختلف باختلاف الأحوال والبلاد ، وبه قطع المتولي وغيره . والثاني : أن الموسر من يزيد دخله على خرجه ، والمعسر عكسه ، والمتوسط من تساوى خرجه ودخله ، وبه قال القاضي حسين وحكاه البغوي . والثالث عن الماوردي أن الاعتبار بالكسب فمن قدر على نفقة الموسرين في حق نفسه ومن في نفقته من كسبه لا من أصل ماله ، فهو موسر ، ومن لا يقدر على أن ينفق من كسبه ، فمعسر ، ومن قدر أن ينفق من كسبه

= ومنها . استعارة الحيوان توجب النفقة على المستعير على وجه قاله القاضي الحسين والأصح أنها على المالك .

ومنها · إذا توقف الموصى له في القبول والرد ألزم النفقة ، فإن أراد الخلاص رد . قاله الرافعي في باب الوصية .

ومنها الاحتياج فإنه يوجب النفقة على بيت المال ، وعلى من يوجد من الموسرين إن تعذر .

ومنها · قال الجوري في كتاب الوقف لو وقف على جماعة عبداً أو حيواناً غيره فنفقته على من هو في نوبته

ومنها نفقة روحة الأب حيث تجب على الابن وقد يقال هذه أصلها بسبب ملك النكاح والقرابة فلا ترد

نفقة المتوسطين فمتوسط . والرابع وهو أحسنها وهو الذي ذكره الإمام والغزالي : أن من لا يملك شيئاً يخرجه عن استحقاق سهم المساكين فهو معسر ، ومن يملكه ولا يتأثر بتكليف المدين موسر ، ومن يملكه ويتأثر بتكليف المدين ، ويرجع إلى حد المسكنة متوسط ، ولا بد في ذلك من النظر الرخص والغلاء .

فرع : القدرة على الكسب الواسع لا تخرجه عن الإعسار في النفقة ، وإن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين[١] .

فرع : يعتبر في اليسار والإعسار طلوع الفجر ، فإن كان موسراً حينئذ ، فعليه نفقة الموسرين ، وإن أعسر في أثناء النهار ، وإن كان معسراً ، لم تلزمه إلا نفقة المعسرين ، وإن أيسر في أثناء النهار .

فرع : ليس على العبد إلا نفقة المعسر ، وكذا المكاتب وإن أكثر ماله لضعف ملكه ، وفيمن بعضه حر وجهان ، الأصح : معسر وإن كثر ماله لنقص حاله[٢] . والثاني : أن عليه ببعضه الحر نفقة الموسر إذا كثر ماله ، فعلى هذا إن كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً فعليه مد ونصف .

فصل : وأما جنس الطعام فغالب قوت البلد من الحنطة أو الشعير أو الأرز أو التمر أو غيرها ، حتى يجب الأقط في حق أهل البادية الذين يقتاتونه[٣] . وعن ابن

---

(١) قال في الخادم : هذا ما قاله الإمام والغزالي ، وصرح به البغوي في باب نفقة الأقارب لكن في المهذب والبيان وغيرهما من كتب العراقيين أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال .
قال صاحب الذخائر · ومضمونه أنه إذا كان يقدر على الكسب كان كما لو كان يقدر بالمال وأراد بذلك كما قاله ابن الرفعة نفقة المتوسط أو الموسر إن كان كسبه يفي بها وسبق عن الماوردي فيما نقله الرافعي أن اليسار ليس للمال فيه مدخل ، وإنما الاعتبار بالكسب . انتهى .
وذكر الشيخ المصنف رحمه الله في الباب الثالث في الإعسار ما نصه : فرع القادر على الكسب إذا امتنع كالموسر الممتنع إن أوجبنا الاكتساب لنفقة الزوجة . وفيه خلاف سنذكره والإيجاب هو الصحيح كما هو مذكور في باب نفقة الأقارب .

(٢) وذكر قبل الحضانة ما يخالفه فنقل عن البسيط أن الظاهر أنه يلزمه نفقة القريب وهل يلزمه نفقة تامة أو نصفها قال النووي : أصحهما نفقة كاملة لأنه كالحر وتشبيهه بالحر يفهم أنه ينفق على الروجة نفقة الموسر .

(٣) كذا لو كانوا يقتاتون اللبن أو لحم الصيد كما صرح به أبو إسحق المروزي في شرح المختصر وهو

سريج أن المعتبر ما يليق بحال الزوج إلحاقاً للجنس بالقدر ، والصحيح : الأول ؛ فإن اختلف قوت البلد ، ولم يكن غالباً وجب ما يليق بحال الزوج .

الواجب الثاني : الأدم وجنسه غالب أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن والتمر والخل والجبن وغيرها[1] ، ويختلف باختلاف الفصول ، وقد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب ، ويعود الوجه السابق في الطعام أن الاعتبار بما يليق بالزوج ، وأما قدره ، فقال الأصحاب : لا يتقدر بل هو إلى اجتهاد القاضي ، فينظر في جنس الأدم ، ويقدر باجتهاده ما يحتاج إليه المد ، فيفرضه على المعسر ، وعلى الموسر مثليه ، والمتوسط بينهما ، ويجب عليه أن يطعمها اللحم وفي كلام الشافعي رحمه الله أنه يطعمها في كل أسبوع رطل لحم ، وهو محمول على المعسر ، وعلى الموسر رطلان والمتوسط رطل ونصف ، واستحب أن يكون يوم الإعطاء يوم الجمعة ، فإنه أولى بالتوسيع فيه . ثم قال الأكثرون : إنما قال الشافعي رحمه الله هذا على عادة أهل مصر لعزة اللحم عندهم يومئذ ، وأما حيث يكثر اللحم ، فيزاد بحسب عادة البلد : وقال البغوي : يجب في وقت الرخص على الموسر في كل يوم رطل ، وعلى المتوسط في كل يومين أو ثلاثة ، وعلى المعسر في كل أسبوع ، وفي وقت الغلاء يجب في أيام مرة على ما يراه الحاكم . وقال آخرون منهم القفال : لا مزيد على ما ذكره الشافعي في جميع البلاد لأن فيه كفاية لمن قنع ، ويشبه أن يقال : لا يجب الأدم في اليوم الذي يعطيها اللحم ولم يتعرضوا له ، ويحتمل أن يقال : إذا أوجبنا على الموسر اللحم كل يوم يلزمه الأدم أيضاً ليكون أحدهما غداء ، والآخر عشاء على العادة .

فرع : لو تبرمت بالجنس الواحد من الأدم فوجهان ، أحدهما : يلزم الزوج

= قضية قول الشافعي في المختصر ، وإن كان ببادية فمما يأكل أهل البادية . وقال ابن عبدان : أوجب الشافعي لها الحب ، وعندي يجب لها الخبز . وحكى القاضي الحسين عن بعض الأصحاب أنه إذا كان الأغلب في بعض البلاد أنهم يطحنون الأطعمة بأيديهم لم يفرض لها إلا الدقيق .

(١) فهم من ذكره التمر والخل والجبن أنه لا ينحصر الأدم في أنواع الدهن ، وبه صرح سليم في المجرد والماوردي والقاضي الحسين وغيرهم وكلام ابن الصباغ يقتضي حصر الأدم في الأدهان ، قال الأئمة : إن كان بالعراق فالأدم فيه الشيرج والزيت ، وبخراسان والحجاز فالأدم السمن أو بالشام . قال القاضي الحسين : أو مصر فالزيت . وإنما خص هذه الأدهان بذلك لأنها أصلح للبدن وأخف مؤنة فإنه لا يحتاج في التأدم بها إلى طبخ وكلفة . وهذا كلام ابن الصباغ وظاهره حصر الأدم في الأدهان .

إبداله ، إذ لا مشقة عليه ، وأصحهما : لا يلزمه وتبدل هي إن شاءت[1] .

فرع : في أمالي السرخسي أنها لو صرفت شيئاً من الأدم إلى القوت أو بالعكس ، أو أبدلت الجنس الذي قبضته من الأدم بجنس آخر ، جاز ، ولا اعتراض للزوج ، وقيل : له المنع من إبدال الأشرف بالأخس .

فرع : لو كانت تقنع بالخبز ، ولا تأكل الأدم ، لم يسقط حقها منه ، كما لا يسقط حقها من الطعام بأن لا تأكل بعضه ، وعلى الوجه المجوز للزوج منعها من إبدال الأشرف له منعها من ترك التأدم .

فرع : لها على الزوج آلات الطبخ والأكل والشرب ، كالكوز والجرة والقدر والمغرفة والقصعة ونحوها ، ويكفي كونها من خشب ، أو حجر ، أو خزف . قال الإمام وغيره : يحتمل أن لا يزاد في الجنس على ذلك ، ويقال : الزيادة من رعونات الأنفس ، ويجب أن يجب للشريفة الظروف النحاسية للعادة[2] .

الواجب الثالث : الخادم . النساء صنفان ، صنف لا يخدمن أنفسهن في عادة البلد ، بل لهن من يخدمهن ، فمن كانت منهن ، فعلى الزوج إخدامها على المذهب وبه قطع الجمهور[3] . وقيل في وجوب الخادم قولان ، وسواء في وجوب الإخدام كان الزوج معسراً أو موسراً أو مكاتباً أو عبداً ، والاعتبار بالمرأة في بيت أبيها . فلو ارتفعت بالانتقال إلى الزوج الخادم ، لم يجب ، صرح به في تعليق الشيخ أبي حامد . والواجب خادم واحد وإن ارتفعت مرتبتها ، ولا يلزمه تمليكها جارية ، بل الواجب إخدامها بحرة أو أمة مستأجرة أو مملوكة ، أو بالاتفاق على من صحبتها من

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : محل الوجهين ما إذا كان في البلد أدم غالب فأما إذا لم يكن فالمجاب الزوجة والتعيين إليها قطعاً .

(٢) قال الأذرعي . هكذا وقع في الروضة تبعاً لبعض أهلها وفي بعضها : ويجب وفي نسخة ويحتمل أن يجب وهي الصواب الموجود في النسخ المعتمدة من الشرحين وعجب نسبة ابن الرفعة هذا الاحتمال للرافعي وهو للإمام قطعاً وساق لفظ الإمام .

(٣) ما ذكراه في ضابط من لا تخدم نفسها بعادة البلد تبعا فيه البغوي وغيره وقد قالا بعده بقليل ، الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها ، وهذا هو الذي ذكره صاحب الشامل وغيره فقال : إن كانت ممن لا تخدم نفسها في بيت أبيها لزمه إخدامها ، وفي المعتمد يعتبر حالها بأهل قبيلتها فإن كانوا يخدمون أخدمها وإلا فلا يلزمه .

حرة أو أمة ، ويشترط كون الخادم امرأة أو صبياً ، أو محرماً لها[١] ، وفي مملوكها والشيخ الهم اختلاف ، وفي الذمية وجهان ، لأن النفس تعاف استخدامها ، ثم إن أخدمها بمستأجرة ، فليس عليه إلا الأجرة ، وإن أخدمها مملوكته ، فعليه نفقتها بالملك ، وإن أخدمها بكفاية من صحبتها من حرة أو أمة فهذا موضع نفقة الخادم . والقول في جنس طعامها كهو في جنس طعام المخدومة ، وأما قدره ، فقيل : لا يختلف باختلاف حال الزوج ، بل يجب مد مطلقاً . والصحيح أنه يختلف ، فعلى المعسر مد ، والموسر مد وثلث ، والمتوسط مد على الصحيح ، وقيل : مد وثلث ، وقيل : مد وسدس . وفي استحقاق الخادم الأدم وجهان ، أحدهما : لا ويكتفي بفضل المخدومة . والصحيح : نعم . فعلى هذا جنسه جنس أدم المخدومة ، وفي نوعه وجهان ، أحدهما كالمخدومة ، وأصحهما وهو نصه دون نوع أدم المخدومة ، وطرد الوجهان في نوع الطعام ، وفي استحقاق الخادم اللحم وجهان ، ثم قدر أدمها بحسب الطعام .

فرع : قالت أنا أخدم نفسي ، وطلبت الأجرة ، أو نفقة الخادم ، لا يلزمه ، وأشار الغزالي إلى خلاف فيه ، فعلى المذهب ، لو اتفقا على ذلك ، قال المتولي : هو على الخلاف في الاعتياض عن النفقة[٢] ، ولو قال الزوج : أنا أخدمها لتسقط مؤنة الخادم ، فليس له ذلك على الأصح ، لأنها تستحي منه ، وتعير به ، وقيل : له ذلك ، وبه قال أبو إسحاق ، واختاره الشيخ أبو حامد ، وقال القفال وغيره : له ذلك فيما لا يستحى منه كغسل الثوب ، واستقاء الماء ، وكنس البيت والطبخ ، دون ما يرجع إلى خدمة نفسها كصب الماء على يدها ، وحمله إلى المستحم ونحوهما وفي هذا تصريح بأن هذين النوعين من وظيفة الخادم . وعلى هذا إذا تولى بنفسه ما لا يستحي منه ، فقد تولى عمل الخادم ، فهل تستحق تمام النفقة ، أم شطرها ، أم

---

(١) ما أطلقه في الصبي يجب تقييده بغير المراهق ، فإن المراهق كالبالغ في النظر والخلوة ، وما أطلقه في المحرم ينبغي تقييده بغير أصلها ، فلو كان أصابها فلا يلزمها القبول لما ذكروه في العارية . قاله في الخادم .

(٢) ووجه الشبه أنها استحقت عليه الإخدام فأخذته عوضاً عن نفقة الخادم فصارت كما إذا استحقت الطعام والادام فأحدث عنه العوض ، وظاهر كلام الإمام والغزالي الاعتياض . قال في المطلب : فإن صح ما ذكره من التخريج بطل ما ذكره من التعليل . انتهى وعلى الجواب فيظهر أن لا يصح إلا يوماً بيوم .

توزع على الأفعال ؟ فيه أوجه ، وهذا فيه كلامان ، أحدهما : ذكر أبو الفرج الزاز أن الذي يجب على الزوج كفايته في حق المخدومة الشريفة الطبخ والغسل ونحوهما دون حمل الماء إليها للشرب وحمله إلى المستحم ، لأن الترفع عن ذلك رعونة لا عبرة بها . الثاني : قال البغوي يعني بالخدمة ما هو حاجتها ، كحمل الماء إلى المستحم ، وصبه على يدها ، وغسل خرق الحيض ونحوها ، فأما الطبخ والكنس والغسل ، فلا يجب شيء منها على المرأة ، ولا على خادمها ، بل هو على الزوج إن شاء ، فعله بنفسه ، وإن شاء بغيره ، فالكلامان متفقان على أنه لا يتوظف النوعان على خادم المرأة ، والاعتماد من الكلام على ما ذكره البغوي .

قلت : الذي أثبته الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو فيما يختص بالمخدومة ، والذي نفاه البغوي منهما هو فيما يختص بالزوج كغسل ثيابه ، والطبخ لأكله ونحوه ، والطرفان متفق عليهما ، فلا خلاف بين الجميع في ذلك . والله أعلم .

فرع : تنازعا في تعيين الخادم التي تخدمها من جواريه أو من يستأجرها فهل المتبع اختيار المخدومة لأن الخدمة لها ، وقد تكون التي عينتها أرفق بها وأسرع موافقة ، أم المتبع اختيار الزوج لأن الواجب كفايتها ؟ فيه وجهان ، الصحيح الثاني هذا في الابتداء ، أما إذا أخدمها خادماً وألفتها ، أو كانت حملت معها خادماً ، فأراد إبدالها ، فلا يجوز ، لأنها تتضرر بقطع المألوف إلا إذا ظهرت ريبة أو خيانة ، فله الإبدال .

فرع : لو أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها ، فللزوج منعهن دخول داره ، وكذا لو حملت معها أكثر من واحدة ، فله أن يخرج من داره من زاد على واحدة ، وله أن يمنع أبويها من الدخول عليها ، وله أن يخرج ولدها من غيره إذا استصحبته[1] .

فرع : إذا كانت المنكوحة رقيقة ، لكنها جميلة تخدم في العادة ، لم يجب إخدامها على المذهب، وبه قطع الأكثرون لنقصها، وقيل: وجهان، ثانيهما يجب

---

(١) والتقييد بالأبوين يفهم أن منع غيرهما من الأقارب أولى وبه صرح في البسيط قال : ولعله أن يمنعها من البروز إليهم للزيارة أيضاً فإنها محبوسة لحقه انتهى . وفيه الإشكال السابق لما فيه من الضرار .

للعادة[١] .

فرع : المبتوتة الحامل هل تستحق نفقة الخادم ؟ وجهان بناهما ابن المرزبان على أن نفقتها للحمل أم للحامل ، إن قلنا : للحامل ، وجبت وإلا فلا . الصنف الثاني من تخدم نفسها في العادة فينظر إن احتاجت إلى الخدمة لزمانة أو مرض ، لزم الزوج إقامة من يخدمها ويمرضها ، وإذا لم تحصل الكفاية بواحدة ، لزمه الزيادة بحسب الحاجة ، وسواء هنا كانت الزوجة حرة أو أمة ، هذا ما أطلقه الشافعي وجمهور الأصحاب رحمهم الله في المرض ، ومنهم من فصل فقال : إن كان المرض دائماً ، وجب الإخدام ، وإلا فلا ، وعلى هذا جرى الآخذون عن الإمام ، وإن لم يكن عذر محوج إلى الخدمة ، فليس عليه الإخدام، ولو أرادت أن تتخذ خادماً من مالها فله منعه من دخول داره ، قال المتولي : وعلى الزوج أن يكفيها حمل الطعام إليها ، والماء إلى المنزل ، وشبه ذلك .

الواجب الرابع : الكسوة ، فتجب كسوتها على قدر الكفاية ، وتختلف بطول المرأة وقصرها وهزالها وسمنها ، وباختلاف البلاد في الحر والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة بيسار الزوج وإعساره ، ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة ، وفي كلام السرخسي وإبراهيم المروذي أنه يعتبر في الكسوة حال الزوجين جميعاً ، فيجب عليه ما يلبس مثله مثلها .

وأما عدد الكسوة ، فيجب في الصيف قميص وسراويل وخمار وما تلبسه في الرجل من مكعب أو نعل[٢] ، وفي الشتاء تزاد جبة محشوة ، وقد يقام الإزار مقام السراويل[٣] ، والفرو مقام الجبة إذا كانت العادة لبسهما ، كذا قاله المتولي ، وعن

(١) لم يصرح الرافعي بحكاية طريقين . بل قال فيه وجهان : أحدهما : نعم للعادة وأظهرهما لا ، واقتصر الأكثرون على إيراد المنع . انتهى ولا يلزم من الإيراد القطع .

(٢) قوله من مكعب أو نعل ، فيه نظر فإنهما واحد . قال بعضهم : المكعب بضم الميم المداس سمي به لأنه دون الكعبين . وضبطه الإمام شهاب الدين أبو شامة المقدسي بكسر الميم وإسكان الكاف وفتح العين ذكر ابن السكيت له في أسماء الآلات كمبرد ويعول ويلحق به القبقاب إذا جرت عادتهن بذلك

(٣) ما حكاه عن التتمة من قيام الإزار مقام السراويل إذا كانت العادة لبسها صرح به الماوردي حيث قال : إن جرت إعادة البلد بالسراويل فحقها فيه أو بالمئزر فحقها فيه دون السراويل .

=

« المنهاج » للجويني أن السراويل لا تجب في الصيف ، وإنما تجب في الشتاء ، وفي « الحاوي » أن نساء أهل القرى إذا جرت عادتهن أن لا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت ، لم يجب لأرجلهن شيء .

وأما جنس الكسوة ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه . يكسوها الموسر جميع ذلك من لين البصرة أو الكوفة ، أو وسط بغداد[١] ، والمعسر من غليظها ، والمتوسط ما بينهما ، وأراد المتخذ من القطن ، فإن جرت عادة البلد بالكتان أو الخز أو الحرير فوجهان ، أحدهما عن الشيخ أبي محمد لا يلزم ذلك ، وأصحهما اللزوم ، وتفاوت بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس ، قال الأصحاب : وإنما ذكر الشافعي ما ذكر على عادة ذلك الوقت[٢] ، لكن لو كان عادة البلد لبس الثياب الرقيقة كالقصب الذي لا يصلح ساتراً ، ولا تصح فيها الصلاة ، لم يعطها منه ، لكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة كالدبيقي والكتان المرتفع ، قال السرخسي : وإذا لم تستغن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود يجب من الحطب أو الفحم بقدر الحاجة .

فرع : هذا المذكور حكم لباس البدن ، وأما الفرش ، فعلى الزوج أن يعطيها ما تفرشه للقعود عليه ، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج ، قال المتولي : فعلى الموسر طنفسة في الشتاء ، ونطع في الصيف ، وعلى المتوسط زِلِّية ، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء ، وتشبه أن تكون الطنفسة والنطع بعد بسط زِلِّية أو حصير فإن الطنفسة والنطع لا يبسطان وحدهما[٣] ، وهل عليه فراش تنام

= وتعبيره بالشتاء في ازدياد الفرو أو الجبة أحسن منه عبارة الأم » ويفرض لها في البلاد الباردة أقل ما يكفي في البرد من جبة محشوة » انتهى .

وهو يقتضي أنها لو كانت ببلد حار أن الجبة لا تجب في الشتاء وهو ظاهر حيث لا يعتادونها ولا يحتاجون إليها لأن الكسوة معتبرة بالكفاية ، وبه صرح صاحب البيان

(١) الظاهر أنه لم يرد توسط المكان الذي هو جوفها بل نوعاً من القطن اسمه وسط ولهذا قال الشافعي في المختصر : وسط البغداديين ، وعلى هذا فهو معطوف على لين البصرة لا على الكوفة .

(٢) وهذا التأويل فيه نظر بل لم يقل الحرير ونحوه موجوداً ملبوساً للنساء من أهل اليسار في كل قطر فالظاهر إجراء نص الشافعي على ظاهره . وإن خالفه جمهور الأصحاب .

(٣) الطنفسة بفتح الطاء والفاء وكسرهما وكسر الطاء وفتح الفاء ثلاث لغات حكاهما صاحب الانتصار في لغة الطاء وهي بساط صوف .

والزلية بكسر الزاي وتشديد اللام جمعها الزلالي . قاله في التحرير تبعاً للجوهري وفي شرح الجمل =

عليه ؟ وجهان ، أحدهما : لا وتنام على ما يفرشه نهاراً ، وأصحهما : نعم للعادة[١] ، فعلى هذا يلزمه مضربة وثيرة أو قطيفة ، ويجب لها مخدة ولحاف أو كساء في الشتاء ، وفي البلاد الباردة بلا خلاف ، ويكون كل ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ، ولامرأة المعسر من النازل ، والمتوسط ، وذكر الغزالي أنه[٢] يجب أيضاً شعار ، ولم يتعرض له الجمهور ، والحكم في جميع ذلك مبني على العادة نوعاً وكيفية حتى قال الروياني في « البحر » : لو كانوا لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم ، لم يلزم شيء آخر .

فرع : تجب للخادم الكسوة كالنفقة ، فلا بد من قميص ، وفي السراويل وجهان ، أصحهما عند البغوي والروياني تجب ، وكلام الجمهور يميل إلى عدم الوجوب ، وأما المقنعة ، فأطلق جماعة وجوبها ، وقال المتولي : تجب في الشتاء وكذا في الصيف إن كانت حرة ، فإن كانت أمة ، لم تجب إن كانت عادة إماء البلد كشف الرأس .

قلت : الصحيح القطع بالوجوب مطلقاً . والله أعلم .

ويجب للخادم في الشتاء جبة أو فرو ، ويجب الخف للخادم دون المخدومة[٣] ، ويجب لها ما تلتحف به عند الخروج وأما ما يفرش وتنام فيه ، فقد قال المتولي : لا بد من شيء تجلس عليه كبارية في الصيف ، وقطعة لبد في

= لعبد الدايم القيرواني الصواب زِلّ وهو وجه مطرح غير مبطّن وأصله بالفارسية زيلوهُ فعرب فقيل زل وهو مستعمل في العراق في دخول الحمام وفي الأسفار . انتهى .
واللبد بكسر اللام وإسكان الباء ، والنطع بكسر النون وفتح الطاء بوزن عنبٌ في.أفصح لغاته السبع . والنطع بفتح الطاء وكسرها لغتان بساط من الأديم والجمع أنطاع ونطوع .

(١) قال الشيخ البلقيني : هذا عكس ما يوجد في التصانيف ، فإن الموجود في التصانيف من الطريقين الجزم بوجوب فراش النوم ، ثم منهم من يذكر الخلاف في إيجاب شيء يفرشه بالنهار ، ومنهم من يجزم بأن ذلك الذي للنوم يفرشه بالنهار ، ومنهم من يجزم بوجوبها ، ولم أر أحداً أوجب ما يجلس عليه نهاراً جزماً وذكر الخلاف في فراش النوم ، والذي وقع هنا ، وفي الشرح وقع مثله في المحرر والمنهاج إلا أنه يعتذر عن الذي ذكره هنا بأنه قال : في الوجه الأول وينام على ما يفرشه . وهذا لم يذكره في المنهاج ولا في المحرر في المسألة إيرادات بسطتها في الفوائد .

(٢) سقط في ط .

(٣) أي بخلاف الزوجة كما قاله الماوردي . قال : لأن له منعها من الخروج .

الشتاء ، ولا بد من مخدة وشيء تتغطى بـه في الليل من كسـاء ونحوه ، قـال في « البحر » : ولا يجب لها الفراش ، بل يكتفى بالوسادة والكساء[١] ، وما وجب يجب مما يليق بالخادم جنساً ونوعاً ، ويكون دون كسوة المخدومة .

فرع : قياس مسائل الباب أنه يجب زيادة على الجبة الواحدة حيث يشتد البرد ولا تكفي الواحدة[٢] .

الواجب الخامس : آلات التنظف ، فعلى الزوج للزوجة ما تتنظف به ، وتزيل الأوساخ التي تؤذيها وتؤذي بها كالمشط والدهن[٣] . وما تغسل به الرأس من سدر أو خطمي أو طين على عادة البقعة ، والرجوع في قدرها إلى العادة ، ويجب من الدهن ما يعتاد استعماله غالباً كالزيت والشيرج وغيرهما ، وإذا اعتادوا التطيب بالورد ، أو البنفسج ، وجب المطيب ، وأبدى الإمام وغيره احتمالاً في الدهن إذا قال الزوج : هو للتجمل وأنا لا أريده . والذي عليه الأصحاب القطع بالوجوب ، وأما ما يقصد للتلذذ والاستمتاع كالكحل والخضاب[٤] ، فلا يلزم الزوج ، بل ذلك إلى اختياره ، فإن شاء هيأه لها ، وإذا هيأ لها أسباب الخضاب ، لـزمها الاختضـاب ، ومن هذا القبيل الطيب ، ولا يجب إلا ما يقصد به قطع السهوكة[٥] ، ويجب المرتك ، أو ما

---

(١) وما قاله في البحر تابعه فيه ابن الصباغ لكن الأصح ما قاله المتولي ، وبه جزم الماوردي .

(٢) وهذا الذي أبداه تفقهاً صرح به صاحب الكافي فقال : وفي الشتاء جبة أو جبتان على قدر شدة البرد ، وقد حكى الرافعي عن السرخسي ما هو أبلغ من ذلك ، وهو أنا إذا قلنا إذا لم يستغن في البلاد الباردة عن الوقود يجب لها من الحطب والفحم بقدر الحاجة .

(٣) أطلق الشيخ ذلك فشمل الدهن للرأس والبدن وهو الذي ذكره الماوردي . وقال الشيخ في التنبيه : الدهن للرأس نعم .

قيد الماوردي ذلك حيث يعتاد في البلاد الحارة ، وسكت الشيخ المصنف رحمه الله تبعاً لأصله عن الصابون وعن البغوي أنه يجب لها الأشنان والصابون لغسل الثياب وتبعه في الكافي وزاد في كل أسبوع أو غيره . نقله في الخادم . ثم قال : والأشبه ضبطه بالعادة وهي تختلف باختلاف الأقوال .

(٤) قال ابن الرفعة : كذا قرن الكحل بالخضاب ، وفي الحاوي أن ما يراد منه للزينة كالإثمد يجب على الزوج الإتيان به . وعبارة الحاوي : وأما الكحل فما كان منه للزينة كالإثمد فهو على الزوج لأنه من حقوق الاستمتاع وما كان للدواء فعليها كسائر الأدوية .

(٥) والسهوكة بالكاف . قيل : هي الرائحة التي تحدث من العرق .

قال صاحب الوافي : وسمعت عن الشيخ أبي الحسن السيري وكان قيماً باللغة أن السهوكة رائحة كريهة تحدث في فرج المرأة . قال : والأشهر أنها مطلق كريهة الرائحة .

=

في معناه لدفع الصُّنان إذا لم ينقطع بالماء والتراب وفيه وجه ضعيف .

فرع : للزوج منعها من تعاطي الثوم، وما له رائحة مؤذية على الأظهر ، وقد ذكرناه في كتاب النكاح ، وله منعها من تناول السموم بلا خلاف ، ولكل أحد المنع ، وهل له منعها من أكل ما يخاف منه حدوث مرض ؟ وجهان ، أصحهما : نعم[1] .

فرع : لا تستحق الزوجة الدواء للمرض ، ولا أجرة الطبيب والفصاد والحجام والختان ، لأن هذه الأمور لحفظ الأصل ، فكانت عليها كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكراة ، ويلزم الزوج الطعام والأدم في أيام المرض ، ولها صرف ما تأخذه إلى الدواء ونحوه .

فرع : هل على الزوج أجرة الحمام لها ؟ وجهان ، أحدهما : لا تجب إلا إذا اشتد البرد ، وعسر الغسل إلا في الحمام ، واختاره الغزالي ، وأصحهما - وبه قطع البغوي والروياني وغيرهما - الوجوب إلا إذا كانت من قوم لا يعتادون دخوله[2] ، فإن أوجبناها ، قال الماوردي : إنما تجب في كل شهر مرة .

فرع : إذا احتاجت إلى شراء الماء للغسل إن كانت تغتسل من الاحتلام ، لم يلزم الزوج قطعاً[3] وكذا إن اغتسلت عن الحيض على الأصح ، وإن اغتسلت عن الجماع والنفاس ، لزمه على الأصح ، لأنه بسببه ، وينظر على هذا القياس في ماء الوضوء إلى أن السبب منه كاللمس أم لا ؟

فرع : لا يلزمه أن يضحي عن زوجته ، نذرت التضحية أم لا .

فرع : لا يجب للخادمة آلات التنظف ، لأنها لا تتنظف له بخلاف المخدومة ، بل اللائق بالخادمة أن تكون شعثة لئلا تمتد إليها العين ، لكن لو كثر

= والمرتك : ما يعالج به الصنان والروائح الكريهة .

(١) وعبارة الرافعي : أصحهما على ما ذكره الروياني وغيره .
قلت : وعبارة البحر أصحهما عندي ولم يحكه عن غيره . نعم كلام الماوردي جازم به .

(٢) وعبارة الرافعي : أشار بعض الأصحاب إلى خلاف في وجوبها ، والذي أورده الوجيز أنه لا يجب إلحاقاً له بالطيب وما رجحاه هو الذي أورده الماوردي أيضاً .

(٣) حكى الشيخ في المنهاج الخلاف تبعاً للمحرر وأنكر بعضهم على المنهاج ذلك ولا إنكار فقد جزم القفال في الفتاوى بأن عليه ثمن ماء الغسل عند الاحتلام فظهر ثبوت الخلاف .

الوسخ ، وتأذت بالهوام ، لزمه أن يعطيها ما تترفه به ، كذا استدركه القفال واستحسنوه ، وأطلق صاحب « العدة » وجهين في أنه هل يعطي الخادمة الدهن والمشط .

فرع : في وجوب تجهيز الزوجة الميتة وجهان سبقا في الجنائز ، ويجريان في تجهيز الخادمة ، ورأى المتولي ترتيبهما على الزوجة ، لأن علقة النكاح تبقى في الغسل والإرث ، وكذا في التجهيز .

الواجب السادس : الإسكان ، فيجب لها مسكن يليق بها في العادة ، وقال المتولي : يليق بالزوجين جميعاً ، وله إسكانها في المملوك والمستأجر والمستعار بلا خلاف .

الطرف الثاني : في كيفية الإنفاق ، في هذه الواجبات هي ضربان :

الأول: ما ينتفع به باستهلاكه كالطعام وفيه مسائل: إحداها: يجب التمليك في الطعام والأدم ، وما يستهلك من آلة التنظف كالدهن والطيب[1][2] ، وإذا أخذت نفقتها فلها التصرف فيها بالإبدال والبيع والهبة وغيرها ، لكن لو قترت على نفسها بما يضرها فله منعها . ونفقة الخادم يجب فيها التمليك أيضاً كذا[3] ، قاله الأصحاب ، وقد سبق أن موضع وجوب نفقة الخادم إذا أخدمها بمملوكتها أو بحرة غير مستأجرة ، فإن كانت مملوكتها ، فيملكها نفقتها كما يملكها نفقة نفسها ، وإن كانت حرة فيجوز أن يقال : يملكها نفقتها كما يملك الزوجة ، وتستحق المرأة المطالبة بذلك لتوفر حق الخدمة ، ويجور أن يقال : يملك الزوجة لتدفعها إلى الخادمة وعلى هذا لها أن تتصرف في المأخوذ ، وتكفي مؤنة الخادمة من مالها .

المسألة الثانية : لو قبضت الزوجة النفقة ، فتلفت أو سرقت ، لا يلزمه إبدالها .

---

(١) قضيته اشتراط الإيجاب والقبول فيه ، وفي البيان قبيل باب الإعسار بالنفقة أن أصحابنا البغداديين قالوا : ان الذي يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ولم يذكر أحد فيهم أنه يجب عليه أن يملكها ذلك .
وأما المسعودي فقال : يجب عليه أن يملكها الحب . انتهى وكلام الشيخين يوافقه كلام المسعودي وهو الظاهر .

(٢) وفي ط الطين .

(٣) سقط في ط .

الثالثة : الذي يجب تمليكه من الطعام الحب كما في الكفارة لا الخبز والدقيق ، فلو طلبت غير الحب ، لم يلزمه ، ولو بذل غيره ، لم يلزمها قبوله ، وهل عليه مع الحب مؤنة طحنه وخبزه ؟ أوجه ، أحدها : لا كالكفارة ، وبه قطع ابن كج . والثاني : إن كانت من أهل القرى الذين عادتهم الطحن والخبز بأنفسهم ، فلا ، وإلا فنعم ، وبه قال الماوردي ، وأصحها : الوجوب مطلقاً ، لأنها في حبسه بخلاف الكفارة ، وعلى هذا تجب مؤنة طبخ اللحم وما يطبخ به . ولو باعت الحب ، أو أكلته حباً ، ففي استحقاقها مؤنة إصلاحه احتمالان للإمام(١) .

الرابعة : ليس له تكليفها الأكل معه لا مع التمليك ولا دونه .

الخامسة : لو كانت تأكل معه على العادة ، ففي سقوط نفقتها وجهان ، أقيسهما وهو الذي ذكره الروياني في « البحر » : لا تسقط وإن جريا على ذلك سنين ، لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره . والثاني : تسقط فإنه اللائق بالباب . قال الغزالي : وهذا أحسنهما لجريان الناس عليه في الأعصار ، واكتفاء الزوجات به ، ولأنها لو طلبت النفقة للزمن الماضي والحالة هذه لاستنكر ، وبنى بعضهم هذا على المعاطاة ، إن جعلناها بيعاً برئت ذمته عن النفقة ، وإلا فلا ، وعليها غرامة ما أكلت ، ثم الوجهان في الزوجة البالغة ، أو صغيرة أكلت معه بإذن القيم ، فأما إذا لم يأذن القيم ، فالزوج متطوع ، ولا تسقط نفقتها بلا خلاف(٢) .

---

(١) عبارة الرافعي ولو باعت الحب المأخوذ أو أكلته حباً ففي استحقاق مؤنة الإصلاح احتمالان للإمام أحدهما الاستحقاق لأنه بعض ما وجب عليه . وثانيهما : المنع لأنها تجب تبعاً للحب فلا ينفرد بالإيجاب وقد يؤيد ذلك بأنهم ذكروا أن الزوج مخير بين أن يبذل المؤنة مع الحب وبين أن يكفيها مؤنة الطحن والخبز بنفسه أو من يتولاه ولو مكناها من التصرف في المأخوذ وطلب المؤنة بطلت خيرته .
قال في الخادم · وفيه إنما المنع الوجوب . قال : وهذا الذي نقله من التخيير مسألة حسنة ، وقد أهملها في الروضة لوقوعها في ضمن تعليل لكن رجح في الوسيط الاحتمال الأول . وقال في الذخائر إنه القياس وقال في المطلب : إنه قضية كلام القاضي الحسين . انتهى ما أردته منه .

(٢) قال الشيخ البلقيني . كلامه يشمل الحرة والأمة والرشيدة والسفيهة . أما الأمة فقد ذكرها في فرع في الظرف الرابع فيمن له حق الفسخ وصحح ما اقتضاه كلامه هنا خلافاً للمتولي .
وأما السفيهة فيسعي أن يكون حكمها حكم الأمة كما جعل قبض السفيه والعبد في عوض ما خالعا عليه واحد، ولن عتبر هناك الإذن وإن كانت السفيهة كالأمة لا يحسن قول المنهاج إلا ان تكون غير رشيدة ولم يأذن وليها في النفقة . انتهى كلام الشيخ في حاشيته . وقال في التدريب : ولو أكلت السفيهة مع =

قلت : الصحيح من الوجهين سقوط نفقتها إذا أكلت معه برضاها وهو الذي رجحه الرافعي في « المحرر » وعليه جرى الناس في زمن[١] رسول الله ﷺ وبعده من غير نزاع ولا إنكار ولا خلاف ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده ، ولو كانت لا تسقط مع علم النبي ﷺ بإطباقهم عليه لأعلمهم بذلك ، واقتصه من تركة من مات ولم يوفه وهذا مما لا شك فيه . والله أعلم .

السادسة : لو تراضيا باعتياضها عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ونحوها ، جاز على الأصح[٢] . ولو اعتاضت خبزاً أو دقيقاً أو سويقاً فالمذهب أنه لا يجوز ، وهو الذي رجحه العراقيون والروياني وغيره لأنه ربا ، وقطع البغوي بالجواز لأنها تستحق الحب وإصلاحه وقد فعله ، ولا يجوز الاعتياض عن نفقة زمن مستقبل ، ولا بيع نفقة حالة لغير الزوج قبل قبضها قطعاً .

السابعة : النفقة تستحق يوماً فيوماً ولها المطالبة بها إذا طلع الفجر كل يوم كذا قاله الجمهور وفي « المهذب » إذا طلعت الشمس[٣] . ولو قبضت نفقة يوم ، ثم ماتت ، أو أبانها في أثناء النهار لم يكن له الاسترداد ، بل المدفوع لورثتها لوجوبه بأول النهار . ولو ماتت أو أبانها في أثناء النهار ولم تكن قبضت نفقة يومها كانت ديناً

= زوجها على العادة سقطت نفقتها وإن لم يأذن الولي خلافاً لما في المنهاج فتزويجه في ذلك إذن كالأمة لا إن كان المزوج غير ولي المال انتهى .

(١) في ط من .

(٢) محل الخلاف ما إذا اعتاضت عن النفقة الماضية ، أما إذا اعتاضت عن النفقة المستقبلة فلا يصح التعويض قطعاً كما ذكره الشيخ المصنف بعد ذلك بقليل لأن النفقة الماضية دين فيصح التعويض عنه بخلاف المستقبلة فإنه بيع ما لم يجب ، وموضع صحة الاعتياض عن النفقة الماضية إذا كانت دراهم أو دنانير مثلاً إذا كانت معينة أو في الذمة أو قبضها في المجلس فأما إذا تفرقا قبل قبض ما في الذمة فإنه يبطل ما جرى من الاعتياض ، ولو عين في المجلس ما في الذمة ويفترقا قبل قبضه
قال في الخادم : فقضية ما سبق في الاستبدال الجواز واختار بعض فقهاء العصر المنع لأنه لم يخرج بذلك أنه لو أقر لزوجته كذا من الدراهم عوضاً عن نفقتها لا يصح هذا الإقرار وكذلك في الكسوة قال الزركشي : ينبغي أن يصح تخريجاً من تعقيب الإقرار بما يرفعه انتهى وقوله فقضيه [illegible] الاستبدال الجواز هذا هو الظاهر تخريجاً على القاعدة .

(٣) قال في الخادم : يستثنى من إطلاقهم يوماً فيوماً ما لو أراد سفراً طويلاً فإن البغوي قال في فتاويه [illegible] لامرأته مطالبته بنفقتها لمدة ذهابه ورجوعه كما لا يخرج إلى الحج حتى يترك لها هذا القدر [illegible] في الخادم واستبعده ونقل عن الاصطخري حكاية قولين وأنه رجح المنع

عليه . وفي كتاب ابن كج له الاسترداد ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور . ولو نشزت في النهار ، فله الاسترداد قطعاً[١] ، ولو قبضت نفقة أيام أو شهر فهل تملك الزيادة على نفقة اليوم ؟ وجهان ، أحدهما : لا للشك في استمـرار الاستحقاق . وأصحهما : نعم كالأجرة والزكاة المعجلة ، فعلى هذا لو نشزت ، استرد نفقة المدة الباقية ، وإن ماتت ، أو أبانها ، استرد أيضاً على الأصح كالزكاة المعجلة ، وقيل : لا ، لأنها صلة مقبوضة . وإذا قلنا : لا تملك إلا نفقة يوم ، فكلما دخل يوم ملكت نفقته .

الثامنة : نفقة الخادم في وقت وجوب التسليم ، وفي استرداد المدفوع إليها كنفقة المخدومة بلا فرق .

الضرب الثاني : ما تنتفع به مع بقاء عينه كالكسوة وفيها وجهان ، أحدهما : لا يجب تمليكها ، وبه قال ابن الحداد ، واختاره القفال ، بل يكون إمتاعاً كالمسكن والخادم . وأصحهما وينسب إلى النص : يجب تمليكها كالنفقة والأدم وكسوة الكفارة ، ويجري الخلاف في كسوة الخادم وطرده البغوي في كل ما ينتفع به مع بقاء عينه كالفرش وظروف الطعام والشراب والمشط ، وألحق الغزالي في « البسيط » الفرش والظروف بالمسكن . واعلم أن الكسوة تدفع إليها في كل ستة أشهر[٢] . ثم تجدد كسوة الصيف للصيف ، والشتاء للشتاء ، وأما ما يبقى سنة أو أكثر كالفرش والبسط والمشط ، فإنما تجدد في وقت تجديده ، وكذلك جبة الخز والإبريسم لا يجدد في كل شتوة ، وعليه تطريتها على العادة ، ويتفرع على الوجهين في وجوب تمليك الكسوة صور .

---

(١) محل القطع بالاسترداد أن يسترد ما بعد النشوز أما استرداد ما قبل النشوز ففيه خلاف والأصح نعم وسيأتي في كلام الشيخ .

(٢) التقدير بستة أشهر لم أجد له دليلاً وغاية ما ذكره العراقيون في توجيهه أن العادة أن الثياب تبلى في هذا القدر من الزمان .

وقضية هذا التعليل عدم الوقوف مع التحديد وتعليق الحكم بما يغلب عرفاً ولا شك أن الأقطار تختلف بل النسوة يختلف حالهن في إبلاء الثياب وبقائها لأجل كثرة الامتهان أو قلته وضعف البدن وقوته وخفة اللبس وكثرته ، والبلاد تختلف لفرط الحر أو البرد فلو كان كذلك فالواجب التجديد عند البلاء والحاجة بحسب عادتهم من غير تجديد بزمن معين .

منها : لو سلم إليها كسوة الصيف ، فتلفت في يدها قبل مضي الصيف فلا تقصير ، لزمه الإبدال إن قلنا : الكسوة إمتاع ، وإلا فلا على الصحيح[1] . ولو أتلفتها ، أو تمزقت قبل أوان التمزق لكثرة ترددها فيها ، وتحاملها عليها ، فإن قلنا : الكسوة تمليك ، لم يلزم الإبدال ، وإن قلنا : إمتاع ، لزمها قيمة ما أتلفت ، ولزمه الإبدال .

ومنها : لو سلم إليها كسوة الصيف ، فماتت في أثنائه ، أو مات الزوج ، أو أبانها ، فله استردادها إن قلنا : إمتاع ، وإلا فلا على الصحيح .

ومنها : إذا لم يكسها مدة ، صارت الكسوة ديناً عليه إن قلنا بالتمليك ، وإلا ، فلا .

ومنها : إن قلنا : إمتاع ، لم يجز الاعتياض عنها ، كما لا يجوز للقريب أن يعتاض عن نفقته ، وإن قلنا : تمليك ، ففي الاعتياض الخلاف السابق في الاعتياض عن النفقة .

ومنها : لو أعطاها كسوة الصيف فمضى الصيف ، وهي باقية لرفقها بها ، فعليه كسوة الشتاء ، إن قلنا بالتمليك ، وعلى الإمتاع لا يلزمه إلا ما يزاد للشتاء حتى يبلى ما عندها[2] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لا اختصاص لذلك بالزوجة بل المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً ودفع لها كسوة فصل ثم وضعت الولد بعد شهر ونحوه لم يسترجع منها ما دفعه إليها على الأصح كما لو مات وصرح بذلك المصنف في فتاويه .
ثم قال الشيخ : لكن إذا طلقها في أثناء الفصل قبل أن يدفع لها الكسوة أو مات أحدهما فهل يقال يجب الكسوة كلها لنفقة اليوم أم ينضبط فيه احتمال ، والقياس إيجاب الكل ولا يهول بأن يحصل ذلك بعد مضي لحظة من الفصل لأن ذلك جعل وقتاً للإنجاب لا فرق بين أن يمضي بعده كثير من الزمان أو قليل أو لم يمض شيء والقول بالتقسيط وإن كان يظهر في مبادىء الرأي إلا أنه يلزم عليه الفرق بينه وبين النفقة ، والفرق بينه وبين ما إذا دفع ، ثم حصل فراق وأيضاً فالتقسيط في النفقة لم يعهد إلا على وجه في الأمة والحرة لو سلمت نفسها ليلاً لا نهاراً وأما تقسيط الكسوة فليس بمنقول فيرجع بمقتضى ذلك إيجاب الكل والله أعلم .
وعليه لو نشزت في أثناء الفصل استرد وعلى التقسيط يسقط من النشور لا قبله وإطلاق الحاوي إليه يقتضي سقوط الكل في النفقة والكسوة فيدل لإيجاب الكل في مسألة الموت والطلاق .

(٢) وقضيته وجوب التجديد ، وهو ما صححه العراقيون والقاضي الحسين وغيره كالنفقة ، وجزم به الروياني في التجربة .

ومنها : له أن يأخذ المدفوع منها ، ويعطيها غيره إن قلنا بالإمتاع ، وإلا فلا إلا برضاها .

ومنها : لو ألبسها ثياباً مستعارة ، أو مستأجرة ، لم يجز على قولنا تمليك ، ويجوز على الإمتاع ، فإن تلف المستعار ، فالضمان على الزوج .

ومنها : ليس لها[1] بيع المقبوض إن قلنا إمتاع ، ويجوز على التمليك كالقوت ، فعلى هذا وجهان ، أحدهما : ليس لها أن تلبس دون المقبوض كما في النفقة ، وأصحهما : المنع ، لأن للزوج غرضاً في تجملها[2] .

فرع : ليس للزوج أن يدفع إليها ثمن الكسوة ، بل يجب تسليم الثياب ، وعليه مؤنة الخياطة .

الباب الثاني في مسقطات النفقة

للباب مقدمة وأصل ، أما المقدمة ، فلا خلاف أن وقت وجوب تسليم النفقة صبيحة كل يوم ، والكسوة أول كل صيف وشتاء كما سبق ، وذلك بعد حصول التمكين ، وأما وقت ثبوتها في الذمة ، فللنفقة تعلق بالعقد والتمكين ، فإنها لا تجب قبل العقد ، ولكن تسقط بالنشوز ، وفيما تجب به قولان ، القديم : تجب بالعقد كالمهر ، ولا تتوقف على التمكين بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء ، لكن لو نشزت سقطت فالعقد موجب ، والنشوز مسقط ، وإذا حصل التمكين ، استقر الواجب يوماً فيوماً كالأجرة المعجلة ، إلا أن الأجرة يجب تسليمها بالعقد جملة للعلم بها ، والنفقة غير معلومة الجملة ، والجديد الأظهر : أنها لا تجب بالعقد ، بل بالتمكين يوماً فيوماً[3] ، فلو اختلفا ، فقالت : مكنت من وقت كذا . وأنكر الزوج ولا بينة ، فإن

---

(١) سقط في ط .

(٢) نقل الشيخ في المهذب عن الماوردي تفصيلاً في المسألة فقال : إن أرادت بيعها بما دونها في الحال لم يحز لأن للزوج حقاً في جمالها وعليه صرر في نقصانه ونازعه صاحب الوافي بأن صاحب الحاوي لم يضفه إلى نفسه

(٣) مقابل الجديد ليس قديماً محضاً ففيه قول في الجديد نص عليه في البويطي وأنه أحب القول للشافعي نعم الأظهر عند الأئمة ما ذكره الشيخ :

وقال الشيخ البلقيني : البائن الحامل من الزوج لو عقد عليها فهل يقول يستمر وجوب النفقة من غير =

قلنا بالجديد ، فالقول قول الزوج ، وإلا فقولها ، لأن الأصل بقاء ما وجب بالعقد ، وقيل : القول قوله قطعاً . ولو اتفقا على التمكين ، وقال : أديت نفقة المدة الماضية ، وأنكرت ، فالقول قولها ، سواء كان الزوج حاضراً عندها أم غائباً ، ولو لم يطالبها الزوج بالزفاف ، ولم تمتنع هي منه ، ولا عرضت نفسها عليه ، ومضت على ذلك مدة ، فإن قلنا بالقديم ، وجبت نفقة تلك المدة ، وإن قلنا بالجديد ، فلا . ولو توافقا على التمكين ، وادعى أنها بعده نشزت ، وأنكرت ، فالصحيح أن القول قولها ، لأن الأصل البراءة ، قال الأصحاب : إذا سلمت نفسها إلى الزوج ، فعليه النفقة من وقت التسليم . ولو بعثت إليه : إني مسلمة نفسي ، فعليه النفقة من حين بلغه الخبر ، فإن كان غائباً ، رفعت الأمر إلى الحاكم ، وأظهرت له التسليم والطاعة ، ليكتب إلى حاكم بلد الزوج ، فيحضره ، ويعلمه الحال ، فإن سار إليها عند إعلامه ، أو بعث إليها وكيله فتسلمها ، وجبت النفقة من حين التسليم[1] ، وإن لم يفعل ومضى زمن الوصول إليها ، فرض القاضي نفقتها في ماله ، وجعل كالمتسلم ، لأن الامتناع منه[2] . قال المتولي : فإن لم يعرف موضعه ، كتب الحاكم إلى حكام البلاد التي تردها القوافل من تلك البلدة في العادة ليطلب وينادى باسمه ، فإن لم يظهر ، فرض القاضي نفقتها في ماله الحاضر ، وأخذ منها كفيلاً[3] بما يصرف

= احتياج إلى التمكين على مقتضى الجديد لأنها كانت واجبة قبل العقد أم يقول لا بد من تمكين جديد لإيجاب نفقة الزوجة سئلت عن هذه واستقر جوابي وبيض الشيخ ولم يتم جوابه والظاهر الوجوب .

(١) ما جزم به فيما لو بعث وكيلاً يتسلمها أن النفقة تجب من التسليم . قال في المطلب، لا نزاع فيه، وفي الكافي : أنها لو أرسلت إليه رسولاً على أن يسلم نفقتها إليه لزمه النفقة من حين وصول الخبر إليه ، ولعله محمول على ما إذا كان في البلد كما يدل عليه كلام التهذيب .

(٢) وما جزم به من فرض القاضي النفقة من حين إمكان وصوله هو المشهور وعليه نص في الأم في كتاب القسم والنشوز ، ونسبه الماوردي للبغداديين . وقضية كلام الكافي وجوبها بالعرض على القاضي ، وفي الحاوي أنه على قول البصريين تجب نفقتها من حين الشروع في التسليم أي وهو من وقت الرفع إلى القاضي .

(٣) استشكل أخذ الحاكم الكفيل فإن المذكور في باب القضاء على الغائب أنه لا يؤخذ من المدعي كفيل ، وأجاب الشيخ جلال الدين البلقيني فقال : هذا لا يخالف المذكور في القضاء على الغائب من أن الأصح أنه لا يأخذ من صاحب الدين كفيلاً لأن الدين هناك ثابت ، وإنما يحتمل الدافع ، وأما هنا فالدين معرض للسقوط ، وقضيته أن يجري في كل دين يكون كذلك كثمن مبيع ادعى به على غائب في زمن خيار شرط ونحو ذلك .

إليها لاحتمال وفاته وطلاقه ، ومن الأصحاب من لم يتعرض للرفع إلى القاضي ولا لكتابه ، وقال : تجب النفقة من حين تصله ، ويمضي زمن إمكان القدوم عليها ، وكذا ذكره البغوي . أما إذا لم تعرض نفسها على الزوج الحاضر ، أو الغائب ، ولا بعثت إليه ، فلا نفقة لها وإن طالت المدة تفريعاً على الجديد ، ولا تؤثر غيبة الزوج بعد التسليم ما دامت مقيمة على الطاعة . وإن طالت المدة ، هذا كله إذا كانت عاقلة بالغة ، فأما المراهقة والمجنونة ، فلا اعتبار بعرضهما ، وبذلهما الطاعة ، وإنما الاعتبار فيهما بعرض الولي . ولو سلمت المراهقة نفسها ، فتسلمها الزوج[1] ، ونقلها إلى داره ، وجبت النفقة ، وكذا لو سلمت الزوجة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي ، وجبت النفقة بخلاف تسليم المبيع إلى المراهق ، لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري ، واليد في عقد المراهق للولي لا له .

فصل : وأما الأصل فبيان موانع النفقة وهي أربعة :

الأول : النشوز ، فلا نفقة لناشزة ، وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً ، فلو نشزت بعض النهار فوجهان ، أحدهما : لا شيء لها . والثاني : لها بقسط زمن الطاعة إلا أن تسلم ليلاً وتنشز نهاراً ، أو بالعكس ، فلها نصف النفقة ، ولا ينظر إلى طول الليل وقصره ، وبالوجه الثاني قطع السرخسي ، ومنهم من رجح الأول وهو أوفق لما سبق فيما إذا سلم السيد الأمة المزوجة ليلاً فقط ، ونشوز المراهقة والمجنونة كالبالغة العاقلة .

فرع : امتناعها عن الوطء والاستمتاع والزفاف بغير عذر نشوز ، فلو قالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، فإن جرى دخول ، أو كان المهر مؤجلاً ، فهي ناشزة ، إذ ليس لها الامتناع والحالة هذه ، وإذا لم يجر دخول والمهر حال ، فلها النفقة من حينئذ ، هذا هو المذهب ، وفيه خلاف سبق في كتاب الصداق . ولو حل المؤجل ، فهل هو كالمؤجل أم كالحال ؟ وجهان وبالأول قطع البغوي ، لأن العقد لم يثبت هذا الامتناع . ولو كانت مريضة ، أو كان بها قرح يضرها الوطء ، فهي معذورة في

---

(١) ما صرح به من أن النفقة لا تجب ببذلها وإنما تجب بالتسلم. ذكره ابن الصباغ احتمالاً له فقال : وينبغي أن لا تجب النفقة إلا بعد أن يسلم ولا يجب بذلها لأن بذلها لا حكم له . انتهى .
وبه جزم سليم في المجرد والمتولي في التتمة وحكاه صاحب الذخائر عن بعض الأصحاب .

الامتناع عن الوطء ، وعليه النفقة إذا كانت عنده . وكذا لو كان الرجل عبلاً ، وهو كبير الذكر بحيث لا تحتمله ، فإن أنكر القرح المانع من الوطء ، فلها إثباته بقول النسوة ، وهل يشترط أربع نسوة ، لأنه شهادة يسقط بها حق الزوج ، أم تكفي امرأة ويجعل إخباراً ؟ وجهان ، أصحهما الأول ، وبالثاني قال أبو إسحاق ، وكذا لو أنكر الضرر بسبب العبالة يرجع فيه إلى النسوة ولا بأس بنظرهن إليه عند اجتماعهما ليشهدن ، وليس لها الامتناع من الزفاف بعذر عبالته كما سبق في أول كتاب الصداق ، ولها الامتناع بعذر المرض ، لأنه متوقع الزوال .

فرع : لو قالت : لا أمكن إلا في بيتي ، أو في موضع كذا ، أو بلد كذا ، فهي ناشزة .

فرع : هربها وخروجها من بيت الزوج وسفرها بغير إذنه نشوز[1] ، ويستثنى عن الخروج ما إذا أشرف المنزل على الانهدام ، أو كان المنزل لغير الزوج ، فأخرجت ، فإن سافرت بإذنه ، فإن كان معه أو وحدها في حاجته ، وجبت نفقتها ، فإن كانت وحدها لحاجتها ، فلا نفقة على الأظهر ، وقيل : لا نفقة قطعاً ، وعن ابن الوكيل طرد القولين فيما إذا كانت معه لحاجة نفسها ، وقطع الجمهور في هذه الصورة بالوجوب .

فرع : تجب النفقة للمريضة والرتقاء والمضناة التي لا تحتمل الجماع ، سواء حدثت هذه الأحوال بعد التسليم ، أم قارنته ، لأنها أعذار دائمة ، وقد سلمت التسليم الممكن ، وتمكن من الاستمتاع بها من بعض الوجوه ، وكذا حكم أيام الحيض والنفاس ، قال البغوي : ولو غصبت ، فلا نفقة ، وإن كانت معذورة

---

(١) قال الشيخ البلقيني : هذا إذا لم يكن مع زوجها ، فإن كانت معه فقد ذكر المصنف في كتاب قسم الصدقات أن يعقبها على زوجها لأنها في قبضته ، ولم يتعقبه بتضعيف . والرافعي قال عقبه هكذا ذكروه . انتهى والتحقيق فيه أنه إنما منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر على ردها سقطت نفقتها وإلا فلا . انتهى .
وأشار في الخادم إلى ما ذكره الشيخ من التحقيق فقال : وقال بعض المتأخرين هو محمول على ما إذا لم يمنعها الزوج من السفر بل سكت وصارت معه متمكناً من الاستمتاع بها غير آمر بها بالرجوع مع تمكنه من رجوعها إلى آخر ما ذكره .

لخروجها عن قبضته وفوات الاستمتاع بالكلية[١] بخلاف المريضة .

قلت : ولو حبست ظلماً أو بحق ، فلا نفقة كما لو وطئت بشبهة ، فاعتدت[٢] . والله أعلم .

فرع : نشزت ، فغاب الزوج ، فعادت إلى الطاعة ، فهل يعود استحقاق النفقة ؟ وجهان ، وفي « التتمة » قولان ، أصحهما : لا[٣] ، فعلى هذا يرفع الأمر إلى القاضي ، ليقضي بطاعتها ويخبر الزوج بذلك ، فإذا عاد إليها ، أو بعث وكيله ، فاستأنف تسلمها ، عادت النفقة ، وإن مضى زمن إمكان العود ولم يعد ، ولا بعث وكيله ، عادت النفقة أيضاً .

فرع : خرجت في غيبة الزوج إلى بيت أبيها لزيارة أو عيادة ، لا على وجه النشوز ، لا تسقط نفقتها ذكره البغوي[٤] .

---

(١) سقط في ط .

(٢) فيه أمران :
أحدهما : ما قاله في الحبس ظلماً هو المشهور ، وفي تعليق القاضي الحسين في كتاب الصداق يحتمل أن يقال إذا حبست كرهاً تستحق النفقة لأنه لا منع من جهتها . وما ذكره في الحبس بحق هو ما اختاره في كتاب الفلس ونقل قبل ذلك عن فتاوى صاحب الشامل أنها إذا حبست في دين استدانته بغير إذن الزوج فإن ثبت بالبينة لم تسقط مدة الحبس لأنه بغير رضاها فأشبه المرض إن ثبت بالإقرار يسقط . والذي قاله هنا أجاب به ابن الصلاح في فتاويه .
الثاني : قضية تشبيهه بالمعتدة بالشبهة الاتفاق فيها وليس كذلك بل هو أحد وجهين حكاهما الإمام والغزالي وهما في الوجيز ولم يتعرض لهما الرافعي إلا فيما إذا حبلت من وطء الشبهة ، فإذا ثبت الوجهان فيما إذا حبلت ففيما إذا لم تحمل أولى .

(٣) قال في الخادم : ما عزاه للتتمة من حكاية قولين فيه نظر ، والذي رأيته في التتمة حكاية وجهين كما قال غيره ولم يفرض المسألة فيما إذا نشزت فغاب الزوج بل فرضها فيما إذا خرجت عن المسكن بغير إذنه من غير حاجة ولعل مراده إذا انتقلت لحاجتها وقلنا تسقط نفقتها بذلك .

(٤) عبارة المنهاج : ولو خرجت في غيبته لزيارة ونحوها لم يسقط فظاهرها أن الأم وغيرها من المحارم كذلك ، وعن تعليق البغوي التعبير بالأبوين قال في الخادم : الظاهر أن بيت الأب مثال .
قال الأذرعي وصاحب الخادم أيضاً : إن الشيخ إبراهيم المروذي قيد ذلك بما إذا رجعت إلى بيت الزوج ليلاً وهو يقتضي أنها لو باتت خارجه سقطت وإطلاق الشيخ تبعاً لأصله يتناول ما إذا علمت عدم رضى الزوج
قال في الخادم ، والظاهر السقوط .

المانع الثاني : الصغر ، فإذا كانت صغيرة وهو كبير أو صغير ، فلا نفقة لها على الأظهر ، وإن كانت كبيرة وهو صغير ، وجبت النفقة على الأظهر ، وقيل : قطعاً ، وقيل : إن علمت صغره ، فقولان ، وإلا فتجب قطعاً . ثم موضع الخلاف ما إذا سلمت إلى الزوج ، أو عرضت عليه ، فإن لم يوجد تسليم ولا عرض ، فالحكم كما سبق في الكبيرة ، وفي « الوسيط » ما يقتضي خلافه ، والمذهب الأول ، وإذا كان الزوج صغيراً ، كان العرض على وليه لا عليه[1] ، والمراد بالصغيرة والصغير من لا يتأتى جماعه ، وبالكبير من يتأتى منه الجماع ، ويدخل فيه المراهق .

المانع الثالث : العبادات ، وفيه مسائل إحداها : إذا أحرمت بحج أو عمرة ، فلها حالان ، أحدهما : أن تحرم بإذنه ، فإذا خرجت ، فقد سافرت في غرض نفسها ، فإن كان الزوج معها لم تسقط على المذهب[2] كما سبق ، وإلا فتسقط على الأظهر ، وسواء خرجت بإذنه أم بغيره ، ولا أثر لنهيه عن الخروج لوجود الإذن في الإحرام ، وعن القفال : أنه إذا نهاها عن الخروج فلا نفقة قطعاً ، أما قبل الخروج ، فوجهان ، أحدهما : لا نفقة لفوات الاستمتاع ، وأصحهما : وجوبها ، لأنها في قبضته ، وتفويت الاستمتاع بسبب إذن فيه .

الحال الثاني : أن تحرم بغير إذنه فقد سبق في الحج أن له أن يحللها من حج التطوع ، وكذا من الفرض على الأظهر ، فإن جوزنا له التحليل ، فلم يحلل ، فلها النفقة ما لم تخرج ، لأنها في قبضته وهو قادر على تحليلها والاستمتاع ، وقيل : لا نفقة ، لأنها ناشزة بالإحرام ، والناشزة لا تستحق نفقة وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً ، والصحيح الأول . فإذا خرجت بغير إذنه ، فلا نفقة ، فإن خرج معها ، فعلى ما سبق ، وإن أذن في الخروج ، فعلى القولين في السفر بإذنه ، وإن قلنا : ليس له التحليل ، فهي ناشزة من وقت الإحرام ، وقيل : لها النفقة ما دامت مقيمة ،

---

(١) نازعه ابن الرفعة ، وقال في كلام القاضي الحسين ما يدل على خلافه وأنه الوجه فإن حقوق الزوجية الثابتة للرجل لا تدخلها الولاية كيف وبه حصل كلفة على المولى عليه .

(٢) والتصريح بالخلاف مخالف لكلام الرافعي ، فإن الرافعي ذكره تخريجاً من عنده لا نقلاً فقال : وأما قبل الخروج فوجهان أحدهما لا نفقة لها لفوات الاستمتاع وأظهرهما وبه قطع قاطعون أنها تجب لأنها في قبضته ومن قال بالأول فلا وأن يطرده فيما إذا خرج معها . انتهى .

والصحيح الأول ، وحكي وجه شاذ أن الإحرام لا يسقط النفقة مطلقاً ، لأنها تسقط به فرضاً عليها .

المسألة الثانية : في الصوم ، أما صوم رمضان ، فلا تمنع منه ، ولا تسقط النفقة بحال ، وأما قضاء رمضان ، فإن تعجل لتعديها بالإفطار لم تمنع منه ، ولم تسقط به النفقة على الأصح[١] ، وإن فات الأداء بعذر ، وضاق وقت القضاء ، بأن لم يبق من شعبان إلا قدر القضاء ، فهو كأداء رمضان ، وإن كان الوقت واسعاً ، فقطع الأكثرون بأن له منعها من المبادرة إليه كصوم التطوع ، وقيل في جواز منعها وجهان[٢] ، وفي جواز إلزامها الإفطار إذا شرعت فيه وجهان مخرجان من القولين في التحليل من الحج ، فإن قلنا : لا يجوز ، ففي سقوط النفقة وجهان ، أحدها : تسقط كالحج ، والثاني : لا لقصر الزمان ، وقدرته على الاستمتاع ليلاً .

قلت : الأصح السقوط . والله أعلم .

وأما صوم التطوع ، فلا تشرع فيه بغير إذن الزوج[٣] ، فإن أذن ، لم تسقط به نفقتها ، وإن شرعت فيه بلا إذن ، فله منعها وقطعه ، فإن أفطرت ، فلها النفقة ، وإن أبت ، فلا نفقة على الأصح ، وقيل : تجب ، لأنها في داره وقبضته ، وحاصل هذا الوجه أن صوم التطوع لا يؤثر في النفقة ، وقيل : إن دعاها إلى الأكل ، فأبت ، لم تسقط نفقتها ، وإن دعاها إلى الوطء ، فأبت سقطت لمنعها حقه ، وإذا قلنا بسقوط النفقة بامتناعها فعن « الحاوي » أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صدر النهار ، فلو اتفق في آخره لم تسقط لفوت الزمان ، واستحسنه الروياني ، ولم يتعرض الجمهور

---

(١) هذا الترجيح من عنده ، وعبارة الرافعي : المذكور في التهذيب ورجحه غيره أنه لا يسقط وفي التتمة أنها تسقط لأن فوات حقه جاء من تعديها .

(٢) والتصريح بطريقين لم يحكه الرافعي فإنه قال : وإن كان الوقت واسعاً فهل له منعها من المبادرة وجهان في الوجيز وجوز الأكثرون المنع وتقرر من الوجهين وجهان مرويان عن الحاوي في أنه هل يتمكن من إلزامها الإفطار إذا شرعت فيه أو هماهما . انتهى فجعل المصنف رحمه الله جواز الأكثرين قاطعة وليس كذلك فقد نبه الرافعي في البيع على مثل ذلك. قاله في الخادم .

(٣) ظاهره التحريم ، وبه صرح الشيخ في آخر صوم التطوع نقلاً عن الأصحاب قال في المهمات : نعم لو كان الزوج حاضراً ولكن حرم عليه الجماع لتلبسه بواجب من صوم أو إحرام أو اعتكاف ففي التحريم نظر والمتجه الإباحة . قال في الخادم : صرح النووي في شرح المهذب هناك بأن يوضع التحريم إذا كان حاضراً مهيأً للوطء وأشار إليه الإمام أيضاً إلى آخر ما ذكره .

لهذا التفصيل . ولو نكحها وهي صائمة قال إبراهيم المروذي : لا يجبرها على الإفطار ، وفي النفقة وجهان[١] .

وأما صوم النذر ، فإن كان نذراً مطلقاً ، فللزوج منعها منه على الصحيح ، لأنه موسع ، وإن كانت أياماً معينة ، نظر إن نذر بها قبل النكاح ، أو بعده بإذنه ، فليس له منعها[٢] ، وإلا فله ذلك ، وحيث قلنا : له المنع ، فشرعت فيه ، وأبت أن تفطر ، فعلى ما ذكرنا في صوم التطوع . وأما صوم الكفارة ، فهو على التراخي ، فللزوج منعها منه ، وعن الماوردي أنه إذا لم يمنعها حتى شرعت فيه ، فهل له إجبارها على الخروج منه ؟ وجهان ، وحيث قلنا : تسقط النفقة بالصوم ، فهل تسقط جميعها ، أم نصفها للتمكن من الاستمتاع ليلاً ؟ وجهان في « التهذيب » .

قلت : أرجحهما سقوط الجميع وقد سبق قريباً نظيره فيمن سلمت ليلاً فقط ، أو عكسه . والله أعلم .

المسألة الثالثة : فرائض الصلوات الخمس لا منع منها ، ولا تؤثر في النفقة بحال ، وهل له منعها من المبادرة بها في أول الوقت ؟ وجهان ، الأصح المنصوص ليس له ، لأن زمنها لا يمتد بخلاف الحج ، والتطوعات المطلقة كصوم التطوع ، وفي السنن الراتبة وجهان ، أصحهما : ليس له منعها لتأكدها ، وله منعها من تطويلها ، وصوم يوم عرفة وعاشوراء كرواتب الصلاة ، وصوم الاثنين والخميس كالتطوع المطلق ، فله منعها قطعاً ، وله منعها من الخروج لصلاة العيدين والكسوفين ، وليس له المنع من فعلها في المنزل[٣] ، وقضاء الصلاة وفعل المنذورة كمثلهما في الصوم .

---

(١) أمسك الشيخ عن الترجيح . قال في الخادم ، وقد ذكروا في الاعتكاف المنذور قبل النكاح أنه لا منع منه ولا تسقط النفقة به ، وهو يقتضي ترجيح عدم السقوط هنا ، ثم ذكر أن المتجه السقوط لأن الفطر أفضل عند طلبه الاستمتاع إلى آخر ما ذكره والظاهر الأول .

(٢) كذا قطع به الأصحاب وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين طول المدة وقصرها وهو مشكل فيما إذا استغرق العمر لما في ذلك من الضرر عليه .

(٣) فيه أمران :

أحدهما : قضيته أن العيد والكسوف من الراتبة ، وبه صرح في باب صلاة التطوع .

الثاني : قضية إطلاقه أنه ليس له منعها من المبادرة بالراتبة مع الفريضة أو الوقت ، وفيه توقف .

المسألة الرابعة : الاعتكاف ، إن خرجت له إلى المسجد بإذنه وهو معها لم تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ، فعلى الخلاف في الخروج للحج ، وقيل : إن لم تزد على يوم لم يؤثر قطعاً ، فإن كان بغير إذنه ، نظر إن كان تطوعاً ، أو نذراً مطلقاً أو معيناً نذرته بعد النكاح ، سقطت نفقتها ، وإن كان معيناً نذرته قبل النكاح ، فلا منع منه ، ولا تسقط به النفقة .

فصل : أجرت نفسها قبل النكاح إجارة عين ، قال المتولي : ليس للزوج منعها من العمل ، ولا نفقة عليه ، وعن « الحاوي » أن له الخيار إن كان جاهلاً بالحال لفوات الاستمتاع عليه بالنهار ، وأنه لا يسقط خياره بأن يرضى المستأجر بالاستمتاع نهاراً ، لأنه تبرع قد يرجع فيه .

المانع الرابع : العدة ، المعتدة الرجعية تستحق النفقة والكسوة وسائر المؤن إلا آلة التنظف ، سواء كانت أمة أو حرة ، حاملاً أو حائِلاً ، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجة[1] ، وتستمر إلى انقضاء العدة بوضع الحمل أو غيره . ولو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق ، لزم الزوج الإنفاق عليها ، فإذا أنفق ، ثم بان أنه لم يكن حمل ، فله استرداد المدفوع إليها بعد انقضاء العدة ، وتسأل عن قدر الأقراء ، فإن عينت قدرها ، صدقناها باليمين إن كذبها الزوج ، ولا يمين إن صدقها ، وإن قالت : لا أعلم متى انقضت عدتي ، سألناها عن عادة حيضها وطهرها ، فإن ذكرت عادة مضبوطة ، عملنا على قولها ، وإن قالت : عادتي مختلفة ، أخذنا بأقل عاداتها ، ورجع الزوج فيما زاد ، لأنه المستيقن ، وهي لا تدعي زيادة عليه ، وإن قالت : نسيت عادتي ، فعن نص الشافعي رحمه الله أنه يرجع في نفقة ما زاد على ثلاثة أشهر أخذاً بغالب العادات ، وقال الشيخ أبو حامد : يرجع فيما زاد على أقل ما يمكن انقضاء العدة فيه ، وبهذا قطع أبو الفرج ، وإن انقطع الولد الذي أتت به عن الزوج بأن ولدته لأكثر من أربع سنين ، إما من وقت الطلاق ، وإما من وقت انقضاء العدة على الخلاف السابق ، سئلت عن حال الولد ، فإن قالت : هو من زوج

---

(١) وفي الإطلاق نظر ، وقد قال الإمام في باب الحضانة إذا حضنت يعني الرجعية ولدها من غيره من غير رضاه وكان المسكن لها فالمذهب أن نفقتها لا تسقط إذ ليست ناشزة ، فإن الناشزة المانعة حق زوجها .
وقال الشيخ أبو علي : الظاهر عندنا السقوط كما لو كانت في صلب النكاح ، فإن الرجعية تستحق نفقة الزوجة فتسقط نفقتها بما يسقط نفقة الزوجات .

نكحته ، أو وطء شبهة حصل بعد ثلاثة أقراء ، فعليها رد المأخوذ بعد الثلاثة . وإن قالت : حصل ذلك في أثناء الأقراء ، فقد انقطعت عدتها بوطء الثاني وإحباله فتعود بعد الوضع إلى ما بقي منها ، وعليه النفقة في البقية ، وأما في مدة الحمل ، فتبنى على أنه هل للزوج الرجعة فيها ؟ وفيه وجهان سبقا في الرجعة والعدة ، وإن قلنا : لا رجعة فلا نفقة ، وإلا فوجهان ، وقيل : إن قلنا له الرجعة ، فلها النفقة ، وإلا فوجهان . وكيف كان ، فالمذهب أنه لا نفقة في مدة الحمل وبه قطع الأكثرون ، فيسترجع ما أخذت لها . ولو قالت : وطئني الزوج ، وأنكر ، فهو المصدق بيمينه ، وتسأل عن وقت وطئه ، فإن قالت : بعد انقضاء الأقراء ، ردت ما زاد ، وإن قالت ، عقب الطلاق ، فقد بان أنها لم تقض عدته ، فترد ما أخذت وتعتد بعد الوضع ثلاثة أقراء ، ولها النفقة فيها ، هكذا ذكره ابن الصباغ وغيره ، وإنما يستمر ذلك على قولنا : إن العدتين المختلفتي الجنس من شخص لا تتداخلان .

فرع : ادعت الرجعية تباعد الحيض ، وامتداد الطهر ، فالصحيح أنها تصدق في استمرار النفقة إلى أن تقر بمضي العدة ، كما تصدق في ثبوت الرجعة ، وقيل : لا تصدق في النفقة ، فإنها حقها بخلاف الرجعة .

فرع : وضعت حملاً ، وطلقها ، فقال : طلقتك قبل وضعه ، وانقضت عدتك ، فلا نفقة الآن ، وقالت : بل طلقتني بعد الوضع ، فلي النفقة ، فعليها العدة ، ولها النفقة ، لأن الأصل بقاء النكاح ولا رجعة له ، لأنها بائن بزعمه ، ولو وطئها قبل الوضع في الزمن الذي يزعم هو أنها مطلقة فيه لم يلزمه مهر المثل ، لأنها تزعم أن الوطء في النكاح . ولو اختلفا بالعكس ، فقال : طلقتك بعد الولادة ، فلي الرجعة ، وقالت : بل قبلها ، وقد انقضت عدتي ، فالقول قوله في بقاء العدة ، وثبوت الرجعة ، ولا نفقة لها لزعمها[1] .

فصل : البائن بخلع ، أو طلاق الثلاث لا نفقة لها ولا كسوة إن كانت

---

(١) قال ابن الرفعة : ولتعرف أن مقتضى القاعدة من ما ذكره ابن الحداد وغيره أنها لا تستحق النفقة وإن راجعها وكذا لو كان الاختلاف قد وقع بينهما في أصل الطلاق المبين فادعت أنه طلقها ثلاثاً وأنكرت حلف ، وهو ما أورده الرافعي في كتاب القسم والنشوز حيث جعل ذلك أصلاً مقيساً عليه أي فيما إذا ادعت عليه الطلاق فإنه لا قسم لها كما لا نفقة .

حائلاً ، وإن كانت حاملاً ، فعلى الزوج نفقتها وكسوتها ، وهل هي للحمل أم للحامل ؟ قولان ، أظهرهما للحامل بسبب الحمل ، ويتفرع على القولين مسائل ، إحداها : المعتدة عن فرقة فسخ ، في استحقاقها النفقة إذا كانت حاملاً طرق ، أحدها : إن حصلت الفرقة بما لا مدخل لها فيه كردة الزوج ، استحقت النفقة كالمطلقة ، وإن كان لها مدخل كفسخها بالعتق ، أو بعيبه ، أو فسخه بعيبها ، فقولان[1] . والثاني : في المعتدات عن جميع الفسوخ قولان ، والثالث وهو الأصح وبه قال الجمهور : إن كان الفرقة بسبب عارض ، كالرضاع والردة ، فلها النفقة كالطلاق وإن استند إلى سبب قارن العقد كالعيب والغرور فقولان . والرابع وبه قطع المتولي : تستحق النفقة حيث تستحق السكنى وإلا فقولان ، وقد سبق بيان السكنى . وأما المفارقة باللعان إذا كانت حاملاً ولم ينف حملها ، ففيه الطرق ، ولا يخفى على الطريق الثالث أن اللعان سبب عارض ، وأما على الأول فقيل : هو مما لها فيه مدخل ، لأنها أحوجته إليه ، والأصح أنه كالطلاق ، وإن نفى حملها لم تجب النفقة ، سواء قلنا : هي للحمل أم للحامل ، وتستحق السكنى على الأصح في هذه الحالة . ولو أبان زوجته بالطلاق ، ثم ظهر بها حمل ، وقلنا : له أن يلاعن لنفيه ، فلاعن ، سقطت النفقة ، قال القاضي أبو الطيب : فإن أثبتنا للملاعنة السكنى ، فهذه أولى ، لأنها معتدة عن طلاق ، وإلا فتحتمل وجهين ، وإذا لاعن وهي حامل ونفاه ثم أكذب نفسه ، واستلحق الولد ، طولب بنفقة ما مضى ، نص عليه فقيل : هو تفريع على أن النفقة للحامل . أما إذا قلنا : للحمل : فلا مطالبة ، لأن نفقة القريب تسقط بمضي المدة ، وقال الجمهور : تثبت المطالبة على القولين ، وهو المذهب ، لأنها وإن كانت للحمل ، فهي مصروفة إلى الحامل وهي صاحبة حق فيها فتصير ديناً كنفقة الزوجة . ولو أكذب نفسه بعدما أرضعت الولد ، رجعت عليه بأجرة الرضاع على الصحيح المنصوص في « الأم » ولو أنفقت على الولد مدة ، ثم رجع ، رجعت عليه بما أنفقت على الصحيح المنصوص ، لأنها أنفقت على ظن وجوبه عليها ، فإذا بان خلافه ، ثبت الرجوع ، كما لو ظن أن عليه ديناً فقضاه ، فبان خلافه يرجع ، وكما لو أنفق على أبيه على ظن إعساره ، فبان موسراً ، يرجع عليه بخلاف المتبرع .

---

(١) لم يرجح الشيخ هنا شيئاً ورجح في باب الخيار في النكاح المنع .

المسألة الثانية : في وجوب نفقة الحامل المعتدة عن نكاح فاسد ، أو وطء شبهة ، وجهان ، إن قلنا : للحمل وجبت ، وإلا فلا . هذا إذا كانت الموطوءة بشبهة غير منكوحة ، فإن كانت منكوحة وأوجبنا نفقتها على الواطىء ، سقطت عن الزوج قطعاً ، وإلا فعلى الأصح واستحسن في « الوسيط » أنها إن وطئت نائمة أو مكرهة ، فلها النفقة ، وإن مكنت على ظن أنه زوجها ، فلا نفقة ، لأن الظن لا يؤثر في الغرامات[١] .

المسألة الثالثة : المعتدة عن الوفاة لا نفقة لها ، وإن كانت حاملاً ، سواء قلنا للحامل أو للحمل ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت[٢] .

الرابعة : هل تتقدر النفقة الواجبة كنفقة صلب النكاح ، أم تعتبر كفايتها ، سواء زادت أم نقصت ؟ فيه طريقان ، المذهب ، وبه قطع الجمهور أنها مقدرة ، وشذ الإمام ومتابعوه فحكوا خلافاً[٣] .

الخامسة : إذا مات زوج البائن الحامل قبل الوضع ، إن قلنا : النفقة للحمل ، سقطت ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإن قلنا : للحامل فوجهان ، أصحهما عند الإمام وبه قال ابن الحداد : تسقط أيضاً لأنها كالحاضنة للولد ، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت ، وقال الشيخ أبو علي : لا تسقط ، لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة ، بل تتم عدة الطلاق ، والطلاق موجب[٤] .

---

(١) هذا التوسط الذي استحسنه في الوسيط هو للإمام كما قاله في المطلب فإنه قال . إن وطئت في حال نومها أو كرهاً فالوجه القاطع بثبوت نفقتها ، وإن مكنت على ظن أن الواطىء زوجها ففيه التردد .

(٢) ما جزم به من عدم الوجوب على القولين سواء قلنا إنها للحمل أو للحامل تابع فيه الإمام والقياس البناء على القولين وقولها في المنع على أنها للحمل أن نفقة القريب تسقط بالموت

(٣) فيه أمران

أحدهما فيه إخلال بكيفية ما ذكره الإمام وهو مبين في الرافعي .

ثم قال والذي أورده أكثرهم أنها مقدرة وقد يرونه متفقاً عليه قال ابن الرفعة ويشهد له استشهادهم بكونها بائناً بأنها مقدرة ، ولو كانت غير مقدرة إذا قلنا للحمل لم يصح الاستشهاد لكن في تعليق القاضي الحسين أنه لا خلاف في أن لها المطالبة بالنفقة ويراعى فيه كفايتها ولها المصالحة بالأداء

الثاني جعلهما النقصان كالزيادة تابعاً فيه الإمام والغزالي لكن كلام الإمام يقتضي أن لا ينقص عن المد إذا قلنا إن النفقة للحامل ولو فرعنا على وجوب الكفاية

(٤) فيه إشعار بترجيح الأول لكن الشيخ في باب العدد اقتصر على قول أبي علي

قلت : قال المتولي : وكما تستحق البائن الحامل النفقة ، تستحق الأدم والكسوة سواء قلنا النفقة للحامل أو للحمل[١] . والله أعلم .

فرع : لا يجب تسليم النفقة قبل ظهور الحمل ، سواء قلنا : هي للحمل أم للحامل ، فإذا ظهر هل يجب تسليمها يوماً بيوم ، أم تؤخر إلى أن تضع ، فتسلم الجميع دفعة واحدة ؟ قولان ، أظهرهما الأول لقول الله تعالى : ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾[٢] فإن قلنا : تؤخر ، فقالت : وضعت ، فكذبها ، فعليها البينة . وإن قلنا بالتعجيل ، فادعت ظهور الحمل ، وأنكر فكذلك وتقبل فيهما شهادة النساء ، وقيل : لا يعتمد قولهن إلا بعد مضي ستة أشهر ، والصحيح الذي عليه الجمهور أن ذلك ليس بشرط . ولو كان ينفق على ظن الحمل ، فبان أن لا حمل ، فإن أوجبنا التعجيل ، أو أمره به الحاكم ، رجع عليها ، وإلا فإن لم يذكر أن المدفوع نفقة معجلة لم يرجع ، ويكون متطوعاً ، وان ذكره وشرط الرجوع رجع ، وإلا فوجهان ، أصحهما : يرجع ، وخرج القفال من هذه المسألة أن الدلال إذا باع متاعاً لإنسان ، فأعطاه المشتري شيئاً وقال : وهبته لك ، أو قال له الدلال : وهبته لي ، فقال : نعم ، فإن علم المشتري أنه ليس عليه أن يعطيه شيئاً ، فله قبوله ، وإن ظن أنه يلزمه أن يعطيه ، فلا ، وللمشتري الرجوع فيه وأجرة الدلال على البائع الذي أمره بالبيع[٣] .

فرع : لو لم ينفق عليها حتى وضعت ، أو لم ينفق في بعض المدة ، فالمذهب أنه لا تسقط نفقة المدة الماضية ، بل يلزمه دفعها إليها ، وبهذا قطع الجمهور ، وقيل : في سقوطها خلاف مبني على أنها للحمل أم للحامل .

= قال في الخادم : والمتجه السقوط لأنا وإن قلنا للحامل فهي تسبب الحمل ولا يمكن أن يستحق على ميت مؤنة . وقد قال الإمام : إن كان ما قاله أبو علي في كلامه فهو بعيد من الصواب ، والصواب ما قاله ابن الحداد وإن نقله عن الأصحاب فالأوجه ما ذكره ابن الحداد إلى آخر ما ذكره .

(١) ذكر الكسوة مذكور في كلام الرافعي أول الفصل ، وفي فتاوى البغوي أنه يجب لها نفقة الخادم أيضاً .

(٢) الطلاق : ٦ .

(٣) وحكى الإمام كلام القفال ثم قال : وفيه نظر لأن الهبة عقد تمليك ، والظنون لا تغير مقتضيات العقود . نعم يمكن تحريج هذا على أن النظر في العقود إلى المقصود أو إلى مقتضيات الألفاظ من العقود . فإن نظرنا إلى الأول صح ما قاله القفال ، وإن نظرنا إلى الثاني فلا رجوع إذ لا يغلب بالقبض .

فرع : لو كان زوج البائن الحامل رقيقاً ، إن قلنا : النفقة للحامل لزمته ، وإلا فلا ، لأنه لا يلزمه نفقة القريب . ولو كان الحمل رقيقاً ففي وجوب النفقة على الزوج حراً كان أو عبداً قولان ، إن قلنا : للحمل لم تجب ، بل هي على المالك وإلا فتجب .

فرع : ذكر ابن كج أنه لو كان الحمل موسراً ، وقلنا : النفقة للحمل وأنها تؤخر إلى أن تضع ، فإذا وضعت سلمت النفقة من مال الولد إلى الأم ، كما تنفق عليه في المستقبل من ماله ، قال : ويحتمل عندي أن يكون ذلك على الأب ، وإن قلنا : يجب التعجيل ، لم تؤخذ من مال الحمل ، بل ينفق الأب عليها ، فإذا وضعت ، ففي رجوعه في مال الولد وجهان .

فرع : اختلفا فقالت: وضعت اليوم، وطالبت بنفقة شهر قبله، وقال: بل وضعت من شهر قبله ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم الوضع وبقاء النفقة . ولو وقع هذا الاختلاف والزوجة رقيقة ، فإن قلنا النفقة للحمل ، فلا معنى لهذا الاختلاف ، ولا شيء عليه قبل الوضع ولا بعده ، وإن قلنا : للحامل ، فهي كالحرة . ولو وقع هذا الاختلاف بين موطوءة بشبهة ، أو نكاح فاسد ، وبين الواطىء ، فإن أوجبنا نفقتها بناء على أن النفقة للحمل ، فالقول قولها بيمينها ، وإن لم نوجبها ، فلا معنى للاختلاف ، لكن لو اختلفا على العكس لنفقة الولد ، فقالت : ولدت من شهر ، فعليك نفقة الولد لشهر ، وقال : بل ولدت أمس ، بني على أن الأم إذا أنفقت على الولد أو استدانت للنفقة عليه ، هل ترجع على الأب ؟ وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

فرع : أبرأت الزوج من النفقة ، قال المتولي : إن قلنا النفقة للحامل ، سقطت ، وإن قلنا : للحمل ، فلا ، ولها المطالبة بعد الإبراء ، ولك أن تقول : إن كان الإبراء عن نفقة الزمن المستقبل ، فقد سبق حكمه ، وإن كان عما مضى ، فالنفقة مصروفة إليها على القولين ، وقد سبق أن الراجح أنها تصير دينا لها حتى تصرف إليها بعد الوضع ، فينبغي أن يصح إبراؤها على القولين[1] .

---

(١) من بحثه الشيخ تبعا لأصله ذكره العمراني في الزوائد قال ولم يتقدم للشيخ ذكر هذه والذي ذكره في الضمان ضمان نفقة الزمن المستقبل في الزوجة

فرع : ذكر المتولي أنه لو أعتق أم ولده وهي حامل منه ، لزمه نفقتها إن قلنا : النفقة للحمل ، وإن قلنا : للحامل فلا ، وأنه لو مات ، وترك أباه وامرأته حبلى ، لها مطالبة الجد بالنفقة إن قلنا : النفقة للحمل ، وإن قلنا : للحامل فلا ، وقطع البغوي بأنها لا تطالب الجد ، ويقرب منه كلام الشيخ أبي علي .

فرع : نشزت الزوجة وهي حامل ، حكى ابن كج تخريج سقوط النفقة على أنها للحمل أو للحامل ، والمذهب القطع بسقوطها ، وإنما الخلاف في البائن لا في الزوجة .

فرع : لو انفق على من نكحها نكاحاً فاسداً مدة ، ثم بان فساد النكاح وفرق بينهما ، قال الأصحاب : لا يسترد ما أنفق عليها ، بل يجعل ذلك في مقابلة استمتاعه ، وسواء كانت حاملاً أو حائلاً . وبالله التوفيق .

الباب الثالث في الاعسار بنفقة الزوجة

فيه أربعة أطراف :

الأول : في ثبوت الفسخ به ، فإذا عجز الزوج عن القيام بمؤن الزوجة الموظفة عليه ، فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه في كتبه قديماً وجديداً أنها بالخيار إن شاءت صبرت ، وأنفقت من مالها ، أو اقترضت ، وأنفقت على نفسها ، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر ، وإن شاءت طلبت فسخ النكاح ، وقال في بعض كتبه بعد ذكر هذا : وقد قيل : لا خيار لها . وللأصحاب طريقان ، أحدهما : القطع بأن لها حق الفسخ ، وهذا أرجح عند ابن كج والروياني ، وأصحهما : إثبات قولين المشهور منهما أن لها الفسخ ، والثاني : لا . فالمذهب ثبوت الفسخ ، فأما إذا امتنع من دفع النفقة مع قدرته فوجهان ، أحدهما : لها الفسخ لتضررها ، وأصحهما : لا فسخ لتمكنها من تحصيل حقها بالسلطان ، وكذا لو قدرت على شيء من ماله[1] ، أو غاب وهو موسر في غيبته ، ولا يوفيها حقها ، ففيه الوجهان ، أصحهما : لا فسخ وكان المؤثر تغيبه لخراب ذمته ، ولكن يبعث الحاكم إلى حاكم بلده ، ليطالبه إن كان

(١) ما ذكره من تقييد موضع الخلاف تابع فيه الإمام فإنه قال : عندي أن محل الخلاف إذا لم يقدر على خلاص الحق بالسلطان ولا يأخذها طائفة من ماله فإن قدرت على ذلك لم يثبت لها الفسخ قطعاً .

موضعه معلوماً ، وعلى الوجه الآخر : يجوز الفسخ إذا تعذر تحصيلها ، وهو اختيار القاضي الطبري وإليه مال ابن الصباغ ، وذكر الروياني وابن أخته صاحب « العدة » أن المصلحة الفتوى به ، وإذا لم نجوز الفسخ ، والغائب موسر ، فجهلنا يساره وإعساره ، فكذلك الحكم ، لأن السبب لم يتحقق ، ومتى ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلدها ، فهل يجوز الفسخ ، أم لا يفسخ حتى يبعث إليه فإن لم يحضر ، ولم يبعث النفقة ، فحينئذ يفسخ ؟ فيه وجهان ، أصحهما الأول ، وبه قطع المتولي . ولو كان الرجل حاضراً ، وماله غائب ، فإن كان على دون مسافة القصر ، فلا فسخ ، ويؤمر بتعجيل الإحضار ، وإن كان على مسافة القصر ، فلها الفسخ ولا يلزمها الصبر . ولو كان له دين مؤجل ، فلها الفسخ إلا أن يكون الأجل قريباً ، وينبغي أن يضبط القرب بمدة إحضار المال الغائب فيما دون مسافة القصر[1] . وإن كان الدين حالاً وهو على معسر ، فلها الخيار ، وإن كان على موسر حاضر ، فلا خيار ، وإن كان غائباً فوجهان . ولو كان له دين على زوجته ، فأمرها بالإنفاق منه ، فإن كانت موسرة ، فلا خيار لها ، وإن كانت معسرة ، فلها الفسخ ، لأنها لا تصل إلى حقها ، والمعسر منظر ، وعلى قياس هذه الصور لو كان له عقار ونحوه لا يرغب في شرائه ينبغي أن يكون لها الخيار ، ومن عليه ديون تستغرق ماله لا خيار لزوجته حتى يصرف ماله إلى الديون .

فرع : لو تبرع رجل بأداء النفقة عن المعسر ، لم يلزمها القبول ، ولها الفسخ كما لو كان له دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه ، لا يلزمه القبول ، لأن فيه منة للمتبرع ، وحكى ابن كج وجهاً أنه لا خيار لها ، لعدم تضررها بفوات النفقة ، والصحيح الأول . قال المتولي : ولو كان بالنفقة ضامن ، ولم نصحح ضمان النفقة فالضامن كالمتبرع ، وإن صححناه ، فإن ضمن بإذن الزوج ، فلا خيار ، وبغير إذنه وجهان .

فرع : لو لم يعطها الموسر إلا نفقة المعسر ، فلا فسخ ، ويصير الباقي ديناً عليه .

---

(١) ويؤيده قول الماوردي والروياني في الصانع كالنجار والحمال إذا مرض فإن كان يرجو الزوال بعد يوم أو يومين فلا خيار وإن كان بعيد الزوال ثبت الخيار . انتهى

فصل : القدرة بالكسب كالقدرة بالمال ، فلو كان يكسب كل يوم قدر النفقة فلا خيار ، ولو كان يكسب في يوم ما يكفي لثلاثة أيام ، ثم لا يكسب يومين أو ثلاثة ، ثم يكسب في يوم ما يكفي للأيام الماضية فلا خيار ، لأنه غير معسر ، ولا تشق الاستدانة لما يقع من التأخير اليسير . وكذا الحكم في النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوباً تفي أجرته بنفقة الأسبوع ، كذا قاله أبو إسحاق والماوردي وصاحبا « المهذب » و« التهذيب » وقد ذكرنا في المال الغائب على مسافة القصر أن لها الخيار ، وقد يمكن إحضاره فيما دون أسبوع ، والوجه التسوية[1] .

قلت : المختار هنا أنه لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة . والله أعلم .

وإذا عجز العامل عن العمل لمرض ، فلا فسخ إن رجي زواله في نحو ثلاثة أيام ، وإن كان يطول ، فلها الفسخ ، قال المتولي : ولو كان يكسب في بعض الأسبوع نفقة جميعه ، فتعذر العمل في أسبوع لعارض فلها الخيار على الأصح ، وإذا لم يستعمل البناء والنجار ، وتعذرت النفقة كذلك ، قال الماوردي : لا خيار إن كان ذلك نادراً ، وإن كان يقع غالباً ، فلها الخيار .

فرع : القادر على الكسب إذا امتنع كالموسر الممتنع إن أوجبنا الاكتساب لنفقة الزوجة ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

فرع : إنما يثبت الفسخ بالعجز عن نفقة المعسر ، فلو عجز عن نفقة المتوسط ، فلا خيار . ولو قدر كل يوم على دون نصف مد ، أو يوماً مداً ، ويوماً لا يجد شيئاً ، فلها الخيار على الصحيح . ولو وجد بالغداة ما يغديها ، وبالعشي ما

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : مراده بالاستدانة في الصورة الأولى أنها هي تستدين للإمام الثلاثة كما صرح به البغوي فإنه قال في التهذيب : أما إعسار التأخير لا يثبت الفسخ مثل أن يكتسب في يوم ما يكسبه لثلاثة أيام بعده ثم يبقى يومين أو ثلاثة لا يكتسب ثم يكتسب للأيام الماضية أو كان نساجاً ينسج في كل أسبوع يوماً يكفيه أجرته للأسبوع فلا خيار لها لأنه ليس بإعسار بل هو تأخير للحق من وقت ويستدين يوم التأخير .

الثاني أن المصنف رحمه الله نازع الرافعي في التسوية وقال في زوائده : المختار أنه لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة . واعلم أن الرافعي عسر عليه الفرق بين المسألتين فسوى بينهما مع اعترافه بأنه خلاف المنقول والمصنف صحح التعاكس وفق النقل ولم يبد فارقاً . فنقول : الموجب لاعتقاد الرافعي التسوية ظنه أن المراد بالاستدانة والاستقراض للمرأة . وهذا شيء تابع فيه البغوي كما بيناه .

يعشيها ، فلا خيار على الأصح[1] .

فصل : لو أعسر بالأدم ، فلا خيار على الأصح عند الأكثرين ، وقال الداركي : يثبت . وقال الماوردي : إن كان القوت مما ينساغ دائماً للفقراء بلا أدم فلا خيار ، وإلا فيثبت .

فصل : يثبت الخيار بالإعسار بالكسوة على المذهب ، وبالمسكن على الأصح ، ولا يثبت بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص ، لأنه ليس ضرورياً .

فصل : الإعسار بالمهر فيه طرق منتشرة ، المذهب منها عند الجمهور يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول ، ولا يثبت بعده[2] ، وقيل : يثبت فيهما قطعاً ورجحه البغوي وغيره ، وقيل بالمنع قطعاً ، وقيل قولان ، وقيل : يثبت قبله وفي بعده قولان ، وقيل : لا يثبت بعده ، وفي قبله قولان ، ولا خيار للمفوضة لأنها لا تستحق المهر بالعقد على الأظهر ، لكن لها المطالبة بالفرض ، فإذا فرض صار كالمسمى .

فصل : إذا لم ينفق على زوجته مدة ، وعجز عن أدائها لم يكن لها الفسخ بسبب ما مضى حتى لو لم يفسخ في يوم جواز الفسخ ، فوجد نفقة بعده ، فلا فسخ لها بنفقة الأمس ، وما قبله كسائر ديونها ، وقيل : هو كالإعسار بالمهر بعد الدخول ، وليس بشيء ، ثم نفقة الماضي لا تسقط ، بل تبقى ديناً في ذمته ، سواء ترك الإنفاق بعذر أم لا ، وسواء فرض القاضي نفقتها ، أم لا ، ويثبت الأدم في الذمة كالنفقة[3] وكذا نفقة الخادم على المشهور ، وتثبت الكسوة إن قلنا : يجب فيها التمليك . وإن قلنا : إمتاع فلا ، ولا تثبت مؤنة السكنى على المذهب .

الطرف الثاني : في حقيقة هذه الفرقة ، فإذا ثبت حق التفريق بسبب الإعسار ، فلا بد من الرفع إلى القاضي ، لأنه مجتهد فيه ، وحكى المتولي وغيره وجهاً أن

---

(١) سكت عما إذا قدر على زيادة على نصف مد لكنه ذكر في كتاب الأيمان ما يقتضي أنها لا تنفسخ .

(٢) كلام الشيخ في المهر الحال أما المؤجل فلا فسخ فيه وكذا لو حل قبل الدخول على الأصح ، وإطلاق الشيخ يقتضي أنه سواء أعسر بعد قبض بعضه أو قبله .

(٣) وما جزم به في الأدم هو أحد الوجهين ، والثاني : لا يثبت لأنه تابع ولم يذكر الجرجاني في الشافي غيره .

للمرأة أن تتولى الفسخ بنفسها من غير رفع إلى القاضي ، كفسخ البيع بالعيب ، والصحيح المنصوص الأول ، وبه قطع الجمهور ، وعلى هذا يتولى القاضي الفسخ بنفسه ، أو يأذن لها فيه ، وهو مخير فيهما . وقيل : إنما يستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عنده ، والصحيح الأول . وتكون هذه الفرقة فسخاً على الصحيح المنصوص ، وفي قول مخرج هي طلاق ، فعلى هذا يأمره الحاكم بالتحمل في الإنفاق ، فإن أبى ، فهل يطلق الحاكم بنفسه ، أم يحبسه ليطلق ؟ فيه القولان في المولى ، فإن طلق ، طلق طلقة رجعية ، فإن راجع ، طلق ثانية وثالثة ، أما إذا لم ترفع إلى القاضي ، بل فسخت بنفسها لعلمها بعجزه ، فلا ينفذ ظاهراً ، وهل ينفذ باطناً حتى إذا ثبت إعساره متقدماً على الفسخ إما باعتراف الزوج ، وإما ببينة يكتفى به وتحسب العدة منه ؟ فيه وجهان ، قال في « البسيط » : ولعل هذا فيما إذا قدرت على الرفع إلى القاضي ، فإن لم يكن في الناحية قاضٍ ولا محكم ، فالوجه إثبات الاستقلال بالفسخ .

الطرف الثالث : في وقت الفسخ قد سبق أنها تستحق تسلم النفقة كل يوم بطلوع الفجر ، فإذا عجز ، فهل ينجز الفسخ ، أم يمهل ثلاثة أيام ؟ قولان ، أظهرهما : الإمهال ، وقطع به جماعة وادعى ابن كج أنه طريقة الجمهور ، فإن قلنا : لا يمهل ثلاثاً فوجهان ، أحدهما : لها المبادرة إلى الفسخ في أول النهار ، وأقربهما ليس لها المبادرة ، فعلى هذا هل يؤخر الفسخ إلى نصف النهار ، أم إلى آخره ، أم إلى آخر الليلة بعده ؟ فيه احتمالات ، أرجحها عند الغزالي الثالث ، ثم هذا إذا لم يتخذ ذلك عادة ، فأما إن اعتاد إحضار الطعام ليلاً ، فلها الفسخ ، ويقرب من هذا ما ذكره صاحب « العدة » أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار ، وكان يجدها في آخره ، فلها الفسخ على الأصح . فإذا قلنا : لا فسخ في أول النهار ، فلو قال صبيحة اليوم ، أنا عاجز لا أتوقع شيئاً ، فهل لها الفسخ في الحال لتصريحه بالعجز ، أم يلزم التأخير ، فقد يرزق من حيث لا يحتسب ؟ فيه احتمالان ، أرجحهما : الثاني . أما المذهب وهو الإمهال ثلاثة أيام ، فيتفرع عليه مسألتان ، إحداهما : إذا مضت الثلاثة فلها الفسخ صبيحة الرابع إن لم يسلم نفقته[1] ، وإن سلمها ، لم يجز الفسخ لما

(١) فيه أمران :

=

مضى ، وليس لها أن تقول : آخذ هذا عن نفقة بعض الأيام الثلاثة ، وأفسخ بتعذر نفقة اليوم ، لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي ، فلو توافقا على جعلها عما مضى ، فيحتمل أن يقال : لها الفسخ ، ويحتمل أن تجعل القدرة عليها مبطلة للمهلة ، ولو مضى يومان بلا نفقة ، ووجد نفقة الثالث ، وعجز في الرابع ، فهل تستأنف المدة ، أم يبنى فتصير يوماً آخر فقط ؟ وجهان ، أصحهما البناء ، ولو لم يجد نفقة يوم ووجد نفقة الثاني ، وعجز في الثالث ، وقدر في الرابع ، لفقت أيام العجز فإذا تمت مدة المهلة ، فلها الفسخ ، ولو مضت ثلاثة أيام في العجز ، ووجد نفقة الرابع ، وعجز في الخامس ، فالأصح وبه قال الداركي : إن لها الفسخ ، ويكفي الإمهال السابق ، قال الروياني : وقيل : يمهل مرة أخرى إن لم تتكرر .

المسألة الثانية : يجوز لها الخروج في مدة الإمهال لتحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال ، وليس له منعها من الخروج ، وقيل : له منعها ، وقيل : إن قدرت على الإنفاق بمالها ، أو كسب في بيتها كالخياطة والغزل ، فله منعها ، وإلا فلا ، والصحيح المنصوص أنه ليس له منعها مطلقاً[1] ، لأنه إذا لم يوف ما عليه لا يملك الحجر . قال الروياني : وعليها أن تعود إلى منزله بالليل . ولو أراد الاستمتاع بها قال الروياني : ليس لها المنع ، وقال البغوي : لها المنع وهو أقرب ، ولا شك أنها إذا منعت نفسها منه لا تستحق نفقة مدة الامتناع ، فلا تثبت ديناً عليه .

فرع : إذا قلنا بالإمهال ، فمضت المدة ، فرضيت بإعساره والمقام معه ، أو لم نقل بالإمهال ، فرضيت ثم أرادت الفسخ ، فلها الفسخ ، لأن الضرر متجدد ولا أثر لقولها : رضيت بإعساره أبداً ، لأنه وعد لا يلزم الوفاء به ، ولو نكحته عالمة بإعساره ، فلها الفسخ أيضاً ، وإذا عادت إلى طلب الفسخ بعد الرضى ، جدد

= أحدهما : تقييده الوجوب بصبيحة اليوم الرابع يشعر بأن حق الفسخ على هذا القول إنما يثبت عند كمال الأيام والليالي .

الثاني : ظاهره تمكنها من الفسخ بطلوع فجر الرابع بلا مهلة وبه صرح الغزالي والإمام .

(١) وهذا الوجه المفصل جزم به البغوي وهو قضية كلام الرافعي في المحرر وأفهم اطلاقه على الصحيح أنه لا فرق بين أن تكون معسرة أو موسرة . كما في الصداق .

الإمهال على قولنا : يمهل ، ولا يعتد بالماضي[١] ، وفيه احتمال للإمام والروياني وهو ضعيف ، وإذا اختارت المقام معه ، لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ، ولها الخروج من المنزل ذكره البغوي وغيره ، فإن لم تمنع نفسها منه ، ثبت في ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والأدم وغيرهما ، وخروجها بالنهار للاكتساب لا يوجب نقصان ما يثبت في ذمته .

فرع : إذا أعسر بالمهر ، ومكنها الحاكم من الفسخ ، فرضيت بالمقام معه ، ثم أرادت الفسخ ، فليس لها ، لأن الضرر لا يتجدد هكذا أطلقه الجمهور ، وهو المذهب ، وقال الماوردي : إن كانت المحاكمتان معاً قبل الدخول ، أو بعده ، فكذلك ، وإن كانت المحاكمة الأولى قبل الدخول ، والأخرى بعده ، فوجهان . وجه تجويز الفسخ أن بالدخول استقر ما لم يكن مستقراً ، فالإعسار به يجدد خياراً ، ولو نكحته عالمة بإعساره بالصداق ، فليس لها الفسخ على الأصح[٢] ، كما لو رضيت به في النكاح ، ثم بدا لها ، بخلاف النفقة ، وليس لها الامتناع بعد الدخول إذا مكناها من الفسخ ، واختارت المقام ، ولا بد في الإعسار بالمهر من حكم القاضي كالنفقة ، والخيار فيه بعد المرافعة على الفور[٣] ، فلو أخرت الفسخ ، سقط ، ولو علمت إعساره ، وأمسكت عن المحاكمة ، فإن كان كذلك بعد طلبها المهر ، كان رضىً بالإعسار ، وسقط خيارها ، وإن كان قبل المطالبة ، لم يسقط ، فقد تؤخر المطالبة لتوقع اليسار ذكره الروياني .

الطرف الرابع : فيمن له حق الفسخ ، وهو للزوجة إن شاءت ، فسخت ، وإن شاءت صبرت ، ولا اعتراض للولي عليها ، وليس له الفسخ بغير توكيلها ، وليس لولي الصغيرة والمجنونة الفسخ ، وإن كان فيه مصلحتهما ، وينفق عليهما من مالهما ، فإن لم يكن لهما مال فنفقتهما على من عليه نفقتهما لو كانتا خليتين ، وتصير

---

(١) قضيته أنه لا بد من الإمهال أيضاً فيما إذا كانت عالمة بإعساره وهو ظاهر ولكن صرح ابن عصرون في فوائد المهذب بخلافه .

(٢) جعل المتولي موضع الخلاف ما إذا لم يشترط في الصداق أجلاً ، وقضيته أنه لو كان مؤجلاً ثم حل وأعسر به قبل الدخول أنها تختار بلا خلاف .

(٣) ما جزم به من أنه على الفور ذكره الماوردي والروياني وهو قضية كلام الشافعي في الأم فإنه شبه المسألة بمسألة غرم المفلس إذا وجد غير متاعه وقد صححوا أن خياره على الفور .

نفقة الزوجة ديناً عليه يطالب به إذا أيسر ، وكذا لا يفسخ الولي بإعسار الزوج بالمهر إن جعلناه مثبتاً للخيار ، ولو أعسر زوج الأمة بالنفقة فلها الفسخ كما تفسخ بجبه ، ولأنها صاحبة حق في تناول النفقة ، فإن أرادت الفسخ ، لم يكن للسيد منعها ، فإن ضمن النفقة ، فهو كالأجنبي يضمنها[1] ، ولو رضيت بالمقام ، أو كانت صغيرة أو مجنونة ، فهل للسيد الفسخ ؟ فيه أوجه ، الأصح : ليس له ، وبه قطع ابن الحداد والبغوي وجماعة ، وعلى هذا لا يلزم السيد نفقة الكبيرة العاقلة ، بل يقول : افسخي أو اصبري على الجوع ، والثاني : له ، والثالث : له في الصغيرة والمجنونة . وأما إذا أعسر زوجها بالمهر ، وقلنا : يثبت به الفسخ ، فالفسخ للسيد ، لأنه محض حقه لا تعلق للأمة به ، ولا ضرر عليها في فواته ، وقيل : ليس له الفسخ ، وهو غلط .

فرع : قال الإمام والغزالي : تتعلق نفقة الأمة الزوجة بالأمة وبالسيد ، أما السيد ، فلأنها تدخل في ملكه ، لأن الأمة لا تملك ، لكنها بحكم النكاح مأذون لها في القبض ، وبالعرف في تناول المقبوض .

وأما الأمة فلها مطالبة الزوج ، كما كانت تطالب السيد ، وإذا أخذتها ، فلها أن تتعلق بالمأخوذ ولا تسلم إلى السيد حتى تأخذ بدله ، وله الإبدال لحق الملك . والحاصل أن له حق الملك ولها حق التوثق ، ولا يجوز للسيد الإبراء من نفقتها ، ولا بيع المأخوذ قبل تسليم البدل إليها ، وفي « التتمة » ما يخالف بعض هذه الجملة ، فإنه قال : حق الاستيفاء للسيد ، فلو سلمها الزوج إليها بغير إذن السيد لم يبرأ ، ولهذا لو قبض النفقة ، وأنفق عليها من ماله ، جاز ، والأول أصح ، وذكر البغوي أنها لو أبرأت الزوج عن نفقة اليوم ، جاز ، وليس لها الإبراء عما صار ديناً في ذمته ، كما في الصداق ، وقد تنازع قياس الملك في الإبراء من نفقة اليوم ، لكن نفقة اليوم للحاجة الناجزة ، وكانا لا يثبت الملك للسيد إلا بعد الأخذ ، وأما قبله فتمحض الحق لها ، ولو اختلفت الأمة وزوجها في تسليم نفقة اليوم ، أو أيام مستقبلة ، فالقول قولها بيمينها ، ولا أثر لتصديق السيد الزوج ، ولو اختلفا في النفقة الماضية ، وصدق

---

(١) ما ذكره في الضمان عجيب إذ كيف يضمن رب الدين دينه ، فإن ضمان نفقة اليوم بعد طلوع فجره صححه من الأجنبي بشرطه ، وما مضى واستقر دين السيد وما لا يستقر ضمانه باطل من كل أحد على المذهب .

السيد الزوج ، فوجهان ، أحدهما : كان السيد شاهداً له ، ولا يثبت المدعى بتصديقه ، وأصحهما : يثبت ، وتكون الخصومة في النفقة الماضية للسيد ، لا لها كالمهر ، وبهذا قطع المتولي[١] ، كما لو أقر السيد بأن العبد جنى خطأ ، وأنكر العبد ، لا يلتفت إلى إنكاره . ولو أقرت الأمة بالقبض ، وأنكر السيد ، فالصحيح المنصوص : أن القول قولها ، لأن القبض إليها بحكم النكاح ، أو صريح الإذن ، وقيل : قول السيد ، لأنه المالك .

فصل : جميع ما ذكرناه تفريع على المذهب ، وهو ثبوت الفسخ بالإعسار بالنفقة ، فإذا قلنا : لا يثبت ، فلها الخروج من المسكن لطلب النفقة إن احتاجت إليه لتحصيلها ، وكذا لو أمكنها أن تنفق من مالها في المسكن ، أو أن تكسب بغزل ونحوه في المسكن على الأصح ، ولها منعه من الوطء على الأصح ، وشرط الغزالي فيه كونها لم تمكن من قبل ، ولم يشترطه الأكثرون .

فصل : إذا مضت مدة لم ينفق فيها على الزوجة ، فاختلفا ، فقالت : كنت موسراً في تلك المدة ، وقال : كنت معسراً ، فإن عرف له مال ، فالقول قولها ، وإلا فقوله .

فصل : قد سبق أن نفقة زوجة العبد من أين تكون ؟ وإذا لم يكن العبد مأذوناً له في التجارة ، ولا كسوباً فقد حكينا قولاً قديماً إن المهر على سيده ، ويكون بالإذن في النكاح ضامناً . قال الخضري وغيره : وذلك القول يجيء في النفقة بطريق الأولى ، لأن الحاجة إليها أمس . فلو كان العبد ينفق من كسبه ، فعجز بزمانة وغيرها ، فعلى القديم للزوجة مطالبة السيد ، وعلى الأظهر لها أن تفسخ ، أو تصير نفقتها ديناً في ذمة العبد .

فصل : إذا عجز عن نفقة أم ولده ، فعن الشيخ أبي زيد أنه يجبر على عتقها ، أو تزويجها إن وجد راغب فيها ، وقال غيره : لا يجبر عليه بل يخليها

---

(١) ما رجحه جعله ابن الصباغ احتمالاً له فقال بعد أن حكى الأول عن الأصحاب : ولهذا قال في البيان : لو صدقه السيد أنه قد سلمها نفقة مدة ماضية. قال أكثر أصحابنا : لا يقبل إقرار السيد عليها ، وإنما يكون شاهداً للزوج لأنه مقر في حقها فلم يقبل كما لو أقر عليها بما يوجب القود . وقال ابن الصباغ : يقبل لأن النفقة للمدة الماضية حق له للأمة . انتهى والصواب ما قاله ابن الصباغ .

لتكسب وتنفق على نفسها .

قلت : هذا الثاني أصح ، فإن تعذرت نفقتها بالكسب ، فهي في بيت المال[1] . والله أعلم .

فصل : قد سبق في كتاب الضمان ، ضمان النفقة وبالله التوفيق .

الباب الرابع في نفقة الأقارب

سبق أن أحد أسباب وجوب النفقة والمؤن : القرابة ، وفيه طرفان :

الأول : في مناط هذه النفقة ، وشرائط وجوبها وكيفيتها ، وفيه مسائل :

إحداها : إنما تجب النفقة بقرابة البعضية ، فتجب للولد على الوالد وبالعكس ، وسواء فيه الأب والأم والأجداد والجدات وإن علوا ، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا ، الذكر والأنثى والوارث وغيره والمسلم والكافر[2] من الطرفين ، وفي وجه : لا تجب على المسلم نفقة كافر ، وفي وجه : لا تجب على الأم نفقة بحال ، حكاهما ابن كج ، وهما شاذان ضعيفان ، ولا يلحق بالأصول والفروع سائر الأقارب كالأخ والأخت ، والعم والخال ، والعمة والخالة وغيرهم .

الثانية : لا تجب نفقة القريب إلا على موسر ، وهو من فضل عن قوته وقوت عياله في يوم وليلة ما يصرفه إلى القريب[3] ، فإن لم يفضل شيء ، فلا شيء عليه ،

---

(١) وما صححه قال في التتمة : إنه الصحيح لأنه يمكن الإنفاق من بيت المال مع قيام الرق ولا يلحق الضرر بالمالك .

(٢) قال في القوت : ينتبه أن يكون محل الوجوب في المعصوم أما المرتد والحربي فلا نفقة له بحال ، وأفتى ابن الصلاح بأنه لا يلزم الولد نفقة أب قصر على الجادة . قال : ولم أجدها مسطورة ، ولكنها ظاهرة الحجة فإنا نوجب نفقة القريب صيانة له من العطب ، وهذا يستحق الإهلاك كما لا يبذل الماء إلى المرتد العطشان . انتهى .
ولا خفاء أن كلام الشيخ في الأحرار أما الأرقاء فلا نفقة عليهم ولا لهم أصل أو فرع .

(٣) قال في الخادم : اقتصاره على القوت ناقص كما قاله في المطلب فقد قال القاضي الحسين : لا يلزم نفقته أحد من الأقرباء حتى يفضل عن مؤنته عن طعامه ومسكنه وملبسه وما يقام عليه ويستعمله في وضوئه وأكله وشربه ما لا غناء لمثله عنه ، فإن وقع له خلل في شيء من هذا كله فلا يكلف نفقة الابن ولا أب . انتهى .

=

وفي « التهذيب » وغيره وجه : أنه لا يشترط يسار الوالد في نفقة الولد الصغير ، فعلى هذا يستقرض عليه ، ويؤمر بقضائه إذا أيسر ، والصحيح : الأول . ويباع في نفقة القريب ما يباع في الدين من العقار وغيره ، لأنها حق مالي لا بدل له ، فأشبه الدين ، وفي كيفية بيع العقار وجهان ، حكاهما ابن كج ، أحدهما : يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة . والثاني : إن ذلك يسبق ، فيقترض عليه إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له[1] .

الثالثة : إذا لم يكن مال ، لكنه ذا كسب يمكنه أن يكسب ما يفضل عنه ، فهل يكلف الكسب لنفقة القريب ؟ فيه أوجه ، أحدها : لا كما لا يكلف الكسب لقضاء الديون . والثاني وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون ، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذا أصله وفرعه ، ويخالف الدين ، فإنه لا ينضبط والنفقة يسيرة . والثالث : يكلف للولد دون الوالد .

فرع : يجب الاكتساب لنفقة الزوجة على المذهب ، ونقل الإمام وغيره فيه وجهين لالتحاقها بالديون .

الرابعة : من له مال يكفيه لنفقته ، أو هو مكتسب لا تجب نفقته على القريب ، سواء كان مجنوناً صغيراً زمناً أو بخلافه ، ومن لا مال له ولا هو مكتسب ، ينظر ، إن كان به نقص في الحكم كالصغير والمجنون ، أو في الخلقة كالزمن والمريض والأعمى ، لزم القريب نفقته ، فإذا بلغ الصغير والمجنون حداً يمكن أن يعلم حرفة ، أو يحمل على الكسب ، فللولي أن يحمله عليه ، وينفق عليه من كسبه ، لكن لو هرب عن الحرفة ، أو ترك الاكتساب في بعض الأيام ، فعلى القريب نفقته ، وكذا لو كان لا تليق به الحرفة ، وإن لم يكن به نقص في الحكم ولا في

= قال في القوت : وفسروا العيال بالزوجة ، والظاهر أن أم الولد ، وخادم الزوجة في حكمها ، وجرى عليه في الخادم .

(١) سكت المصنف رحمه الله عن الترجيح .
قال الشيخ البلقيني : وقد رجح المصنف في نظيرهما من مسألة العبد الثاني فليراجع . قال في الخادم : وموضع الوجهين ما إذا وجد من يشتري البعض فلو لم يجد من يشتري إلا الكل وتعذر الاستقراض بيع الكل أشار إليه الرافعي في الصداق في الكلام على التشطير .

الخلقة ، لكنه كان لا يكتسب مع القدرة على الكسب ، فإن كان من الفروع لم تجب نفقته على المذهب ، سواء فيه الابن والبنت ، وإن كان من الأصول وجبت على الأظهر[1] ، لأن الله تعالى أمر بمصاحبتهم بالمعروف ، وليس من المعروف تكليفهم الكسب مع كبر السن ، وكما يجب الإعفاف ، ويمتنع القصاص ، ولحرمة الوالدين . هذه طريقة الجمهور ، ولم يفرقوا بين اكتساب واكتساب ، ومنهم من جعل الخلاف أولاً في اشتراط العجز عن كسب يليق به ، ثم قالوا : إن شرط ذلك ففي اشتراط العجز عن كل كسب يليق به بالزمانة ، وجهان ، ورأوا الأعدل الأقرب الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الأكساب ، وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكنس وحمل القاذورات ، وسائر ما لا يليق به ، وهذا حسن .

الخامسة : نفقة القريب لا تتقدر ، بل هي قدر الكفاية ، وعن ابن خيران أنها تتقدر بقدر نفقة الزوجة ، والصحيح الأول ، لأنها تجب لتزجية الوقت ودفع حاجته الناجزة ، فتعتبر الحاجة وقدرها ، حتى لو استغنى في بعض الأيام بضيافة وغيرها ، لم تجب ، وتعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته ، فالرضيع تكفي حاجته بمؤنة الإرضاع في الحولين ، والفطيم والشيخ ما يليق بهما ، ولا يشترط انتهاء المتفق عليه إلى حد الضرورة ، ولا يكفي ما يسد الرمق ، بل يعطيه ما يستقل به ، ويتمكن معه من التردد والتصرف[2] ، ويجب الأدم كما يجب القوت ، وفي « التهذيب » نزاع في الأدم ، وتجب الكسوة والسكنى على ما يليق بالحال ، وإذا احتاج إلى الخدمة ، وجبت مؤنة الخادم .

السادسة : تسقط نفقة القريب بمضي الزمان ، ولا يصير ديناً في الذمة ، سواء

---

(١) وهذا التصحيح غير مطابق لكلام الرافعي من جهات :
منها : أنه يقتضي ترجيح الطريقة القاطعة بعدم الوجوب والرافعي لم يرجح شيئاً من الطريقين .
ومنها : ترجيحه التفصيل ولم يمل الرافعي إليه .

(٢) وهذا كله من تصرف الإمام . قال ابن الرفعة : وهو لا يجتمع مع قولهم في المطلقة الحامل إذا احتاجت إلى أكثر من النفقة المقدرة إن قلنا للحامل لم تجب الزيادة ، وإن قلنا للحمل وجب لأنها مقدرة بالكفاية ، وهذا يدل على أنهم لا يقتصرون في الكفاية على ما يجب على أقل الزوج وهو ما ثقل البطن ، ولا يمنع من التردد إلا أن يقال نحن لا نتحقق عدم الفرد والحمل الذي يتغذى بغذائها إلا بإشباعها فيجب اعتباره والأقرب اعتبار المد وعدم الزيادة عليه وعليه ينزل كلام ابن خيران السابق . انتهى .

تعدى بالامتناع من الإنفاق أم لا ، وفي الصغير وجه ، أنها تصير ديناً تبعاً لنفقة الزوجة ، والصحيح الأول ، لأنها مواساة ، ولهذا قال الأصحاب : لا يجب فيها التمليك ، وإنما يجب الامتناع ، ولو سلم النفقة إلى القريب ، فتلفت في يده أو أتلفها ، وجب الإبدال ، لكن إذا أتلفها ، لزمه ضمانها إذا أيسر ، ويستثنى ما إذا أقرضها القاضي ، أو أذن في الاقتراض لغيبة أو امتناع ، فيصير ذلك ديناً في الذمة[1] .

السابعة : قد سبق في النكاح أن الابن يلزمه إعفاف أبيه على المشهور ، وأنه إذا أعفه بزوجة ، أو ملكه جارية ، لزمه نفقتها ومؤنتها حيث تلزمه نفقة الأب ، فلو كان للأب أم ولد لزم الولد أيضاً نفقتها ، ولو كان تحته زوجتان فأكثر ، لم يلزمه إلا نفقة واحدة ، ويدفع تلك النفقة إلى الأب وهو يوزعها عليهما[2] ، ولكل واحدة الفسخ لفوات بعض حقها ، فإن فسخت واحدة تمت النفقة للأخرى ، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه إذا كان تحت الأب زوجتان فأكثر ، لم يلزم الولد لهما شيئاً ، لأن المستحقة لا تتعين ، وهو شاذ ضعيف . ولو كان للأب أولاد فوجهان ، قال المتولي : يلزم الابن الإنفاق عليهم ، لأن نفقتهم على الأب ، فيتحملها الابن عنه كنفقة

---

(١) قال في القوت : أما صيرورتها ديناً بمجرد فرض القاضي ذكره في الوسيط والوجيز فقط وتبعه الرافعي والمصنف ، وهو منتقد ، ووهم ابن أبي الدم فزعم أنه لا خلاف فيه ، وهذه المسألة تعم بها البلوى وحكام العصر يحكمون بذلك ظانين أنه المذهب فيجب التنبيه لها وتحريرها .
قال بعض أهل العلم : لم أر استقرارها بفرض القاضي إلا في الوسيط والوجيز والشرح وما أخذ منه .
قال : ويرده المعقول والمنقول ، وقد كشفت كتباً كثيرة كالحاوي والشامل والنهاية والبسيط والمهذب وغيرها وليس فيها إلا القول بالسقوط دون استثناء فرض . وقاله المتولي لا يستثنى إلا مسألة الاستقراض وما عداها السقوط فيه نظر ، وكذا قال في التهذيب والبحر لكنهما عزيا الاستثناء إلى صاحب التلخيص وهو لفظي ، والحال في رد كلام الغزالي .
ثم قال : وممن صرح بأنها لا تستقر عليه بفرض القاضي الشيخ نصر في تهذيبه والمحاملي في « عدة المناظر » ، ومحمد بن يحيى تلميذ الغزالي في تمهيده قال : ونقله ثقة عن معتمد البندنيجي . انتهى .
وروايته في معتمد أبي نصر البندنيجي في كلامه على نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان ، ورأيته في المعتمد في إتقان مسائل المذهب المجرد عن الشافعي لبعض المتقدمين ، ثم الحال في ذلك ، وأخذ في الخادم كلام الأذرعي كاملاً وزاد عليه بعض زيادة .

(٢) كذا أطلق التوزيع وذكر ابن الرفعة في باب الإعفاف تفقهاً أنه يظهر أنها تتعين للجديدة لئلا يثبت لها الخيار ببعض ما تحصل لها من المد على الأصح فإنه يفوت فائدة إيجاب التزويج وهو حسن .

الزوجة ، والصحيح : أنه لا يجب ، وبه قطع الشيخ أبو علي ، ويخالف الزوجة ، فإنها إن لم ينفق فسخت ، فيتضرر الأب ، ولأن نفقتها تجب على الأب وإن كان معسراً .

فرع : إذا كان الابن في نفقة أبيه ، وله زوجة ، فوجهان ، حكاهما القاضي أبو حامد وغيره ، أحدهما : يلزم الأب نفقتها ونفقة كل قريب وجبت نفقته ، لأنه من تمام الكفاية ، وبهذا قطع صاحب « المهذب » وأصحهما : لا تلزمه لأنه لا يلزم الأب إعفاف الابن .

فرع : كما تجب على الابن نفقة زوجة الأب[١] ، تجب عليه كسوتها ، قال البغوي : ولا يلزم الأدم ، ولا نفقة الخادم لأن فقدهما لا يثبت الخيار ، لكن قياس ما ذكرنا أن الابن يتحمل ما لزم الأب وجوبهما لأنهما واجبان على الأب مع إعساره .

الثامنة : إذا امتنع الأب من الإنفاق على الولد الصغير ، أو كان غائباً ، أذن القاضي لأمه في الأخذ من ماله ، أو الاستقراض عليه ، والإنفاق على الصغير بشرط أهليتها لذلك ، وهل تستقل بالأخذ من ماله ؟ وجهان ، أصحهما : نعم لقصة هند . والثاني : المنع ، لأنها لا تتصرف في ماله ، وتحمل قصة هند على أنه كان قضاء ، أو إذناً لها لا إفتاءً وحكماً عاماً[٢] ، وفي استقلالها بالاقتراض عليه إذا لم تجد له مالا ، وجهان مرتبان وأولى بالمنع[٣] لخروجه عن صورة الحديث ، ومخالفته

---

(١) قال الشيخ البلقيني : النفقة التي تجب على الابن هل هي نفقة معسر نظراً إلى حال الأب أم ينظر إلى حال الابن أم تعتبر الكفاية لأنها وجبت تبعاً لنفقة من نفقته على الكفاية الظاهر الأول ، ويدل عليه قوله ولكل واحدة الفسخ لفوات بعض حقها .

(٢) قال ابن الرفعة : ومن العجيب تردد الأصحاب في ذلك بناء على المأخذ المذكور ، والشافعي يقول في الأم حيث ذكر قصة هند ، وإن كانت هند زوجة لأبي سفيان وكانت القيمة على أولادها لصغرهم بأمر زوجها قال لها رسول الله ﷺ أن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها وولدها بالمعروف ، فكذا الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه كان يمنعه إياه وله أن يأخذ من ماله سراً وعلانية وكذلك حق ولده الصغار ، وحق من هو قيم ما له ممن يوكله انتهى .
وإذا كانت هند مأذونة في الإنفاق على ولدها من جهة أبي سفيان لم يكن في قصتها ما يدل على أن للإمام ذلك من غير إذن لها في الإنفاق فيما يعطيها والقدر الزائد لم يأذن فيه .

(٣) وجزم الهروي في الاشراف بالمنع . قال : بخلاف الاستقراض عليه في نفقتها لأنها تصير ديناً في ذمته =

القياس ، وعن القفال تجويزه ، فإن أثبتنا استقلالها ، أو لم يكن في البلد قاض ، وأشهدت ، لزمه قضاء ما اقترضته ، وإن لم تشهد ، فوجهان ، ولو انفقت على الطفل الموسر من مال نفسه بغير إذن الأب والقاضي ، فوجهان ، وأولى بالجواز ، لأنها لا تتعدى مصلحة الطفل ، ولا تتصرف في غير ماله . ولو أنفقت عليه من مالها بقصد الرجوع وأشهدت ، رجعت ، وإلا فوجهان .

التاسعة : إذا امتنع القريب من نفقة قريبه ، فللمستحق أخذ الواجب من ماله إن وجد جنسه ، وفي غير الجنس خلاف يأتي في الدعاوى إن شاء الله تعالى ، وإن كان غائباً ولا مال له هناك ، راجع القاضي ليقترض عليه ، فإن لم يكن هناك قاض واقترض ، نظر هل أشهد أم لا ؟ على ما ذكرناه في اقتراض الأم للطفل .

العاشرة : إذا كان الأب الذي عليه الإنفاق غائباً ، والجد حاضر ، فإن تبرع بالإنفاق فذاك ، وإلا فبقرض القاضي ، أو يأذن للجد في الإنفاق ، ليرجع على الأب ، وفي « البحر » وجه ضعيف ، أنه لا يرجع . ولو استقل الجد بالاقتراض ، فإن أمكنه مراجعة القاضي فليس على الأب قضاؤه على الصحيح ، وإلا فينظر في الإشهاد وعدمه .

الحادية عشرة : إذا وجبت نفقة الأب أو الجد على الصغير أو المجنون ، أخذاها من ماله بحكم الولاية ، ولهما أن يؤاجراه لما يطيقه من الأعمال ، ويأخذا من أجرته نفقة أنفسهما ، والأم لا تأخذ إلا بإذن الحاكم ، وكذا الابن إذا وجبت نفقته على الأب المجنون ، فلو كان يصلح لصنعة ، فللحاكم أن يولي ابنه إجارته ، وأخذ نفقة نفسه من أجرته .

فصل : يجب على الأم أن ترضع ولدها اللبأ[1] ، ولها أن تأخذ عليه الأجرة

= بخلاف نفقة الولد . وحكى الرافعي في باب زكاة الفطر عن الشيخ أبي محمد ترجيح المنع أيضاً إلا بإذن السلطان وهو يخالف ما نقله هنا عن القفال من تجويز إقراض الأم ويؤيد القول بالجواز مسألة الظفر ورجحه في المطلب .

(١) قال الأذرعي : قيل لم يتعرضوا لمدة إرضاعه اللبأ الواجب عليها إرضاعها إياه منها ، وظاهرها الاكتفاء بمرة واحدة . وقال الرافعي في القصاص : مدة إرضاعه اللبأ مدة يسيرة ، ولم يزد على هذا ، ويشبه أن يرجع في مدته التي لا يستغني الولد عنها إلى أهل الخبرة ، فإن قالوا : يكفيه مرة بلا ضرر يلحقه كفت ولا عمل بقوله .

إن كان لمثله أجرة ، وفي وجه ذكره الماوردي : لا أجرة لها ، لأنه متعين عليها ، والصحيح الأول ، كما يلزم بذل الطعام للمضطر ببدله ، ثم إن لم يوجد بعد سقي اللبأ مرضعة غيرها ، لزمها الإرضاع ، وكذا لو لم يوجد إلا أجنبية ، لزمها الإرضاع ، وإن وجد غيرها وامتنعت الأم من الإرضاع ، لم تجبر[١] ، سواء كانت في نكاح الأب أم بائنة ، وسواء كانت ممن يرضع مثلها الولد في العادة أم لا .

وإن رغبت الأم في الإرضاع ، فلها حالان .

أحدهما : أن تكون في نكاح أبي الرضيع ، فهل له منعها من أرضاعه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن فيه إضراراً بالولد وأصحهما : نعم ، لأنه يستحق الاستمتاع بها في أوقات الإرضاع لكن يكره له المنع .

قلت : الأول أصح ، وممن صححه البغوي والروياني في « الحلية » وقطع به الدارمي والقاضي أبو الطيب في « المجرد » والمحاملي والفوراني وصاحب « التنبيه » والجرجاني[٢] . والله أعلم .

فإن قلنا : ليس له المنع ، أو توافقا على الإرضاع ، فإن كانت متبرعة فذاك ، وهل تزاد نفقتها للإرضاع ؟ وجهان ، أحدهما قاله أبو إسحاق والاصطخري : نعم ، ويجتهد الحاكم في قدر الزيادة ، لأنها تحتاج في الإرضاع إلى زيادة الغذاء . وأصحهما : لا ، لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها ، وإن طلبت أجرة ، بني على أن الزوج هل له استئجار زوجته لإرضاع ولده ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الإجارة ، قال العراقيون : لا يجوز ، وأصحهما : الجواز ، فعلى هذا حكمها إذا طلبت الأجرة حكم البائن إذا طلبت الإرضاع بأجرة ، وسنذكره إن شاء الله تعالى . وإذا أرضعت بالأجرة ، فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه ، فلها مع الأجرة النفقة ، وإن كان يمنع ، أو ينقص ، فلا نفقة لها ، كذا ذكره البغوي وغيره ،

---

(١) ومرأده أنه يجب على الأجنبية إذا لم يوجد غيرها كما يجب على الأم إذا لم يوجد غيرها ، وليس المراد أنه يجب على الأم مع وجود الأجنبية وإن كانت واحدة .

(٢) وممن أشار إلى ترجيحه الماوردي فإنه صدر به كلامه ثم حكى مقابله عن أبي حامد ثم اختار توسطاً وأشار إلى ترجيحه أيضاً أبو الفرج الزاز في تعليقه وجزم به الخوارزمي في الكافي .

ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لو سافرت لحاجتها بإذنه ، وإن قلنا : لا يجوز الاستئجار ، وأرضعت على طمع الأجرة ، ففي استحقاقها أجرة المثل وجهان ، قال ابن خيران : تستحق ، لأنها لم تبذل منفعتها مجاناً ، وقال الجمهور : لا تستحق[١] .

الحال الثاني : أن تكون مفارقة ، فإن تبرعت بالإرضاع ، لم يكن للأب المنع ، وإن طلبت أجرة ، نظر ، إن طلبت أكثر من أجرة المثل ، لم يلزمه الإجابة ، وكان له استرضاع أجنبية بأجرة المثل ، وإن طلبت أجرة المثل ، فهي أولى من الأجنبية بأجرة المثل ، فإن وجد أجنبية تتبرع ، أو ترضى بدون أجرة المثل ، فهل للأب انتزاع الولد منها ؟ فيه طريقان ، أشهرهما على قولين ، أظهرهما : له الانتزاع . والطريق الثاني : له الانتزاع قطعاً ، وبه قال ابن سريج ، وأبو إسحاق ، وابن أبي هريرة ، والاصطخري ، فعلى المذهب لو اختلفا ، فقال الأب : أجد متبرعة ، وأنكرت ، فهو المصدق بيمينه ، لأنها تدعي عليه أجرة ، الأصل عدمها ، ولأنه تشق عليه البينة ، وحيث أوجبنا الأجرة فهي في مال الطفل ، فإن لم يكن له مال ، فعلى الأب كالنفقة .

الطرف الثاني : في اجتماع أقارب المحتاج والأقارب المحتاجين ، وفيه أربعة فصول :

الأول : في اجتماع الفروع الذين تلزمهم النفقة للأصل المحتاج ، فإذا اجتمع اثنان من الأولاد ، نظر إن استويا في القرب والوراثة أو عدمها ، والذكورة والأنوثة ، فالنفقة عليهما بالسوية ، سواء استويا في اليسار ، أم تفاوتا ، وسواء أيسرا بالمال ، أو الكسب ، أو أحدهما بمال ، والآخر بكسب ، فإن كان أحدهما غائباً ، أخذ قسطه من ماله ، فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه[٢] . وإن اختلفا في شيء من ذلك ،

---

(١) قال الروياني في التجربة . ولم يتابع ابن خيران أحد يعني من الأصحاب واعلم أن الرافعي ذكر في كتاب الحج أن الأجير إذا صرف الإحرام إلى نفسه استحق الأجرة على الأصح لصحة العقد في الابتداء وحصول عرض المستأجر .

(٢) سكت عما إذا لم يوجد مقرض . وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يلزم الحاضر بالنفقة للزوم نفقته لو انفرد . انتهى .

ففيه طريقان ، أحدهما : النظر إلى القرب ، فإن كان أحدهما أقرب ، فالنفقة عليه سواء كان وارثاً أو غيره ، ذكراً أو أنثى ، فإن استويا في القرب ، ففي التقديم بالإرث وجهان ، فإن قدمنا بالإرث ، فكانا وارثين ، فهل يستويان في قدر النفقة ، أم تتوزع بحسب الإرث ؟ وجهان[1] . الطريق الثاني : النظر إلى الإرث ، فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر ، فالنفقة على الوارث ، وإن كان الآخر أقرب ، فإن تساويا في الإرث ، قدم الأقرب ، فإن تساويا في القرب ، فالنفقة عليهما ، ثم هل تستوي ثم أم توزع بحسب الإرث ؟ فيه الوجهان . وإذا استويا في المنظور إليه على اختلاف الطريقين ، فهل يختص الذكر بالوجوب ، أم يستويان ؟ وجهان ، وأصح الطريقين عند الإمام والغزالي والبغوي وغيرهم : الأول ، دون اعتبار الإرث والذكورة ، واختيار العراقيين يخالفهم في بعض الصور كما نذكره في الأمثلة إن شاء الله تعالى .

أمثلة : ابن وبنت ، النفقة عليهما سواء ، إن اعتبرنا القرب ، أو أصل الإرث ، وإن اعتبرنا الذكورة ، فعلى الابن فقط ، وهو اختيار العراقيين .

بنت وابن ابن ، هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، وعليهما بالسوية إن اعتبرنا الإرث ، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة ، وهذا اختيار العراقيين .

بنت وبنت ابن ، هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، وعليهما إن اعتبرنا الإرث[2] .

= وقد أبداه القاضي الحسين في التعليق احتمالاً له أيضاً ، وجزم به صاحب التتمة مورداً له إيراد المذهب فقال : فإن كان له مال حاضر استوفى الحاكم ما يخصه منه وإلا استقرض عليه ، فإن لم يجد من يستقرض منه أمر الحاضر بالإنفاق ، فإذا رجع الغائب طالبه بحصته وصرفه إلى المأمور .

(١) سكت المصنف رحمه الله تبعاً للشرح عن الترجيح ، وكذا أطلعنا في المنهاج والمحرر ، قال الأذرعي : من بعد في اجتماع الأصول إذا قلنا الأم تنفق مع الأب رجح منهما الثاني ، والترجيح لا يختلف بالنسبة إلى مسألتنا وإن كان الصحيح هنا انفراد الأب .

(٢) هذا الكلام منتقد لأنه عند الاستواء في الإرث عند من نظر إليه يرجح بالقرب على الأصح والبنت أقرب من بنت الابن ، وحينئذ فإذا اعتبرنا الإرث كان على البنت وحدها أيضاً وقد صرح الإمام بذلك فقال . بنت وبنت ابن النفقة على البنت على الطرق فإن من راعى القرب قدمها ومن يراعي الإرث رجحها على الاختصاص بالقرب . انتهى . نعم إيجاب النفقة تفريعا على الإرث وجه حكاه المتولي فقال : بنت وبنت ابن ، المذهب أن النفقة على البنت وفيه وجه أنه عليهما لاشتراكهما في الميراث . انتهى

بنت وابن بنت ، هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، أو الإرث ، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة .

ابن ابن وابن بنت ، عليهما إن اكتفينا بالقرب ، وعلى الأول إن رجحنا الإرث .

بنت ابن وابن بنت ، هي على بنت الابن ، إن اعتبرنا الإرث ، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة ، وعليهما إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة[1] .

بنت بنت وبنت ابن ابن ، هي على الأولى إن اعتبرنا القرب ، وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث .

بنت بنت وبنت ابن ، عليهما إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة ، وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث .

ابن وولد خنثى ، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت ، تكون عليهما ، فكذا هنا ، وإن قلنا : تكون على الابن ، فهنا وجهان ، أحدهما : على الابن نصفها ، لأنه المستيقن ، والنصف الآخر يقترضه الحاكم ، فإن بان ذكراً ، فالرجوع عليه ، وإلا فعلى الابن ، وأصحهما : يؤخذ الجميع من الابن ، فإن بان الخنثى ذكراً ، رجع عليه بالنصف .

بنت وولد خنثى ، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت : النفقة عليهما ، فكذا هنا ، وإن قلنا : على الابن ، فوجهان ، أحدهما : هي على الخنثى ، فإن بانت أنوثته ، رجعت على أختها بالنصف . والثاني : لا يؤخذ منه إلا النصف ، لأنه اليقين ، ويؤخذ النصف الآخر من البنت ، فإن بانت ذكورته ، رجعت عليه .

قلت : كان ينبغي أن يجيء وجه الاقتراض ، ولا يؤخذ من البنت شيء . والله أعلم .

الفصل الثاني : إذا اجتمع للمحتاج قريبان من أصوله ، نظر ، إن اجتمع أبوه

(١) وكأن المراد إذا اكتفينا بالاستواء ولم يرجح بالإرث أما إذا رجحنا به فعلى بنت الابن وحكى القاضي وغيره من العراقيين المعتبرين الذكورة فيه أوجها . أحدها : بنت الابن أولى والثاني : أن ابن البنت أولى لذكورته والثالث : هما سواء لاستواء قرابتهما مع عدم التعصب .

وأمه ، فإن كان الولد صغيراً ، فالنفقة على الأب قطعاً ، وإن كان كبيراً ، فأوجه ، الصحيح : أنها على الأب ، والثاني : عليهما أثلاثاً كالإرث ، والثالث : عليهما نصفين . وإن اجتمعت الأم وواحد من آباء الأب ، فأوجه ، الصحيح : أنها على الجد ، والثاني : على الأم ، والثالث : عليهما أثلاثاً ، والرابع : عليهما نصفين . وإن اجتمع اثنان من الأجداد والجدات ، نظر ، إن كان أحدهما يدلي بالآخر ، فالنفقة على القريب ، وإلا ففيه خمسة أوجه أرجحها : اعتبار القرب ، والثاني : الإرث ، والثالث وهو اختيار المسعودي : الاعتبار بولاية المال ، فإن لم تكن لواحد منهما ولاية ، وأحدهما يدلي بالولي ، أو هو أقرب إدلاء بالولي ، فالنفقة عليه ، فإن استويا في الإدلاء به وجوداً وعدماً ، اعتبر فيه القرب ، والمراد بالولاية على هذا الوجه : الجهة التي تفيدها ، لا نفس الولاية التي قد يمنع منها مانع مع وجود الجهة . والرابع : الاعتبار بالذكورة ، فالنفقة على الذكر ، وإلا فعلى المدلي بذكر ، فإن استويا ، اعتبر القرب[1] . والخامس : يعتبر الإرث والذكورة معاً ، فإن اختص بهما أحدهما ، فالنفقة عليه ، وإن وجدا فيهما ، أو لم يوجدا ، أو وجد أحدهما في أحدهما ، والآخر في الآخر ، اعتبر القرب ، وعلى هذا الوجه ، يجبر فقد كل واحد من المعنيين بالآخر .

الأمثلة : أبو الأب ، وأبو الأم ، إن اكتفينا[2] بالقرب ، سوينا بينهما ، وإن اعتبرنا الإرث ، أو الولاية ، فالنفقة على أبي الأب .

أم أب وأم أم ، إن اعتبرنا القرب أو الإرث ، سوينا بينهما ، وإن اعتبرنا الادلاء بالولي أو بذكر ، فهي على أم الأب .

أبو الأم ، وأم الأب ، إن اعتبرنا القرب ، سوينا ، وإن اعتبرنا الإرث ، أو الإدلاء بالولي فهي على أم الأب ، وعلى الوجه الخامس : يجبر فقدان الإرث فيه بالذكورة ، وفقدان الذكورة فيها بالوراثة ، فيستويان .

---

(١) قال في الوسيط : والرابع يعتبر الذكورة ، فالذكر أولى ، فإن استويا فالأقرب . قال الشيخ شهاب الدين أبو شامة المقدسي في حواشي البسيط ، وهذا ينبغي أن يكون في الطريقة الثالثة لا الرابعة لأن التعليل يدل عليه .

(٢) في الأصل اعترنا والمثبت من ط .

الفصل الثالث : إذا اجتمع للمحتاج واحد من أصوله ، وآخر من فروعه ، ففيه الأوجه الخمسة ، فيقدم الأقرب في وجه ، والوارث في وجه ، والولي في وجه ، والذكر في وجه ، ويستوي الذكر والأنثى في وجه ، وإذا وجبت النفقة على وارثين ، جاء الخلاف في أن التوزيع بالسوية ، أم بحسب الإرث ؟ فلو كان له أب وابن ، فهل النفقة على الابن أم الأب أم عليهما ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول لأن عصوبته أقوى ، ولأنه أولى بالقيام بشأن الوالد ، وتجري هذه الأوجه في أب وبنت ، وفي جد وابن ابن ، وتجري أيضاً في أم وبنت على المذهب ، وقيل : يقطع بأنها على البنت ، قاله القاضي أبو حامد وغيره . وفي أم وابن طريقان ، أحدهما : طرد الأوجه الثلاثة ، والثاني : القطع بتقديم الابن ، لضعف الإناث عن تحمل المؤن ، ويجري الطريقان في جد وابن ، وفي أب وابن ابن ، وقال البغوي : الأصح أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع ، قريباً كان أو بعيداً ، ذكراً أو أنثى .

الفصل الرابع : في ازدحام الآخذين ، فإذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون ممن تلزمه نفقتهم ، نظر ، إن وفى ماله أو كسبه بنفقتهم ، فعليه نفقة الجميع ، قريبهم وبعيدهم ، وإن لم يفضل عن كفاية نفسه إلا نفقة واحد ، قدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب ، هذا أطبق عليه الأصحاب لأن نفقتها آكد ، فإنها لا تسقط بمضي الزمان ، ولا بالإعسار ، ولأنها وجبت عوضاً ، واعترض الإمام بأن نفقتها إذا كانت كذلك ، كانت كالديون ، ونفقة القريب في مال المفلس تقدم على الديون ، وخرج لذلك احتمالاً في تقديم القريب ، وأيده بالحديث أن رجلاً قال للنبي ﷺ : معي دينار ؟ فقال : « أنفقه على نفسك » فقال : معي آخر ؟ فقال : « أنفقه على ولدك » ، فقال : معي آخر ؟ فقال : « أنفقه على أهلك »[(١)] . فقدم نفقة الولد على الأهل ، وفي « التتمة » وجه أن نفقة الولد الطفل تقدم على نفقة الزوجة ، وأما الذين ينفق عليهم بالقرابة ، فتعود فيهم الأوجه في أنه يصرف الفاضل إلى الأقرب ، أو الوارث ، أو الولي ، وعلى الوجه الرابع القائل هناك أنها على الذكر ، يصرف الفاضل هنا إلى الأنثى لعجزها ، ويسوى في الوجه الخامس بين

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٥١) ضمن مسند أبي هريرة رضي الله عنه ، وأبو داود في الزكاة / باب تفسير ذلك وهي ما يلي باب الصدقة عن ظهر حديث (١٦٩١) والحاكم (١/٤١٥) في الزكاة / باب الإعطاء للأقرباء أعظم للأجر . وقال : صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي .

الذكر والأنثى ، وإذا صرف إلى وارثين ، فهل يوزع بالسوية ، أم بحسب الإرث ؟ وجهان ، قال الأكثرون بالسوية ، ونوضح ذلك بصور :

ابنان أو بنتان ، يصرف الموجود إليهما ، فإن اختص أحدهما بمزيد عجز ، بأن كان مريضاً ، أو رضيعاً ، قدم ، ذكره الروياني .

ابن وبنت ، الصحيح أنها كالابنين ، وقيل : تقدم البنت لضعفها .

ابن بنت ، وبنت ابن ، ذكر الروياني أن بنت الابن تقدم لضعفها ، ويشبه أن يجعلا كالابن والبنت .

أب وجد ، أو ابن وابن ابن ، قيل : هما سواء ، والأصح : تقديم الأب والابن ، فإن كان الأبعد زمناً ، ففي « التهذيب » أنه يقدم ، وذكر أنه لو اجتمع جدان في درجة ، وأحدهما عصبة ، كأبي الأب مع أبي الأم ، فالعصبة أولى ، وأنه لو اختلفت الدرجة ، واستويا في العصوبة أو عدمها ، فالأقرب مقدم[1] ، وإن كان الأبعد عصبة ، تعارض القرب والعصوبة ، فيستويان .

أب وابن ، إن كان الابن صغيراً ، قدم[2] ، وإلا فهل يقدم الابن أم الأب ، أم يستويان ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : اختيار القفال ، وتجري الأوجه في الابن والأم ، وفي الأب والبنت ، وفي الجد وابن الابن . وابن الابن .

أب وأم ، تقدم الأم على الأصح ، وقيل : الأب ، وقيل : يستويان .

جد وابن ، قيل بطرد الأوجه ، وقيل : يقدم الابن قطعاً ، وعن القاضي أبي حامد إذا اجتمع جدتان لإحداهما ولادتان ، وللأخرى ولادة ، فإن كانتا في درجة ، فذات الولادتين أولى ، وإن كانت أبعد ، فالأخرى أولى ، وأنه لو اجتمعت بنت بنت بنت أبوها ابن ابن بنته وبنت بنت بنت ليس أبوها من أولاده ، فإن كانتا في درجة ،

---

(١) قال الشيخ زين الدين : لم يذكر الحد مع الجدة وهي إن كانت معه في درجة واحدة فهي قياس الأم مع الأب وإن كان أعلى فهو مع الأب والجدة هنا أولى للأنوثة وإن كانت أعلى فكذلك وهي أولى بالمساواة من الجد مع الأب .

(٢) والتعبير بالصغير يقتضي إرادة ما دون البلوغ . لكن عبارة التتمة ، إن كان الابن طفلاً فهو أولى وإن كان مراهقاً أو زمناً يعني بالغاً بثلاثة أوجه فجعل المراهق كالبالغ ويشبه أن يكون المجنون البالغ كالطفل .

فصاحبة القربتين أولى ، وإن كانت هي أبعد ، فالأخرى أولى .

فرع : متى استوى اثنان ، وزع الموجود عليهما ، فلو كثروا بحيث لو وزع ، لم يسد قسط كل واحد مسداً ، أقرع بينهم .

فرع : إذا أوجبنا النفقة على أقرب القريبين ، فمات أو أعسر ، وجبت على الأبعد ، فإن أيْسر الأقرب بعد ذلك ، لم يرجع الأبعد عليه بما أنفق .

ذكر الروياني أنه لو كان له ولدان ، ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما ، وله أب موسر ، لزم الأب نفقة الآخر ، فإن اتفقا على الإنفاق بالشركة ، أو على أن يختص كل واحد بواحد ، فذاك ، وإن اختلفا ، عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك . وأنه لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما ، وللابن ابن موسر ، فعلى ابن الابن باقي نفقتهما ، فإن اتفقا على أن ينفقا عليهما بالشركة ، أو يخص كل واحد بواحد ، فذاك ، وإن اختلفا ، رجعنا إلى اختيار الأبوين إن استوت نفقتهما ، وإن اختلفت ، اختص أكثرهما نفقة بمن هو أكثر يساراً ، وهذان الجوابان في الصورتين مختلفان ، والقياس أن يسوى بينهما ، بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال : تختص الأم بالابن تفريعاً على الأصح ، وهو تقديم الأم على الأب ، وإذا اختصت به ، تعين الأب لإنفاق ابن الابن .

فصل : لا تلزم العبد نفقة ولده ، بل إن كانت الأم حرة ، فالولد حر وعليها نفقته ، وإن كانت رقيقة ، فهو رقيق نفقته على مالكه ، وإن كان الولد حراً ، وأبواه رقيقان ، فنفقته في بيت المال ، إلا أن يكون في فروعه من تلزمه نفقته ، ولا يلزم المكاتب نفقة ولده من زوجته ، سواء كانت حرة أو أمة أو مكاتبة ، بل لا يجوز له أن ينفق عليه صيانة لحق السيد ، فإن كانت زوجته الأمة لسيده أيضاً ، جاز أن ينفق على ولده منها ، وإن لم يجب ، لأنه ملك السيد ، وكذا لو كانت زوجته مكاتبة السيد ، إن جعلنا الولد ملكاً للسيد ، وإن قلنا : إنه يتكاتب عليها ، لم يجز له أن ينفق عليه ، لجواز أن تعتق المكاتبة والولد ، ويعجز المكاتب ، فيكون قد فوت مال سيده ، هكذا أطلقوه ، ولا يصح إطلاق بتجويز الإنفاق على ملكه بغير إذنه ، ولو استولد المكاتب

جارية نفسه ، أو كنا لا نجوز له ذلك ، فيتكاتب الولد عليه[1] ، وينفق المكاتب عليه من أكسابه ، لأنه إن عتق ، فقد أنفق ماله على ولده ، وإن رق ، رق الولد أيضاً ، فيكون قد أنفق مال السيد على عبده .

فرع : هل تجب نفقة المكاتب على ولده الحر ؟ عن « الحاوي » أنه يحتمل وجهين ، أحدهما : لا ، لبقاء أحكام الرق . والثاني : نعم ، لانقطاع النفقة عن سيده .

قلت : الأول أصح ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، فينفق من كسبه ، فإن تعذر ، عجز نفسه ، والنفقة على سيده[2] . والله أعلم .

من نصفه حر ، ونصفه رقيق ، قال في « البسيط » : الظاهر أنه تلزمه نفقة القريب ، لأنها كالغرامات ، وهل تلزمه نفقة تامة أم نصفها ؟ وجهان ، حكاهما ابن كج .

قلت : الأصح نفقة كاملة ، لأنه كالحر كما في الكفارة[3] . والله أعلم .

ولو كان من نصفه حر ونصفه رقيق محتاجاً ، هل يلزمه قريبه الحر نفقته بقدر ما فيه من الحرية ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : الراجح الوجوب ، ويمكن بناؤهما على أنه هل يورث ؟ والأظهر أنه يورث كالأحرار . والله أعلم .

---

(١) وما ذكره من منع التسري بإذن السيد هو المذكور في باب الكتابة ولا يخالفه كلام في باب معاملات العبيد .

(٢) ويؤيده ظاهر النص في الأم حيث قال في باب من يجوز كتابته من المماليك وإذا كاتب العبد بالغاً صحيحاً ثم غلب العبد على غفلة لم يكن للسيد أن يعجزه حتى يحل نجم من نجومه ، فإذا حل لم يكن له تعجيزه لأنه لا يعرف عن نفسه بحال حتى يأتي الحاكم ولا ينبغي للحاكم أن يعجزه حتى يسأل عن ماله ، فإن وجد له مال يؤدى إلى سيده منه الكفاية أداها وأنفق عليه من فضله .

(٣) تشبيهه بالحر يفهم أنه ينفق على الزوجة نفقة الموسر وهو خلاف المرجح أنه في الكفارات ليس كالحر مطلقاً بل إلا في الإعتاق ، وكان ينبغي أن يقول وكالزكاة فإنه إذا ملك ببعضه الحر نصاباً زكاة في الأصح ، والجامع بين الكل أنها غرامة تتعلق بالمال فكان فيه كالحر .

الباب الخامس في الحضانة[1]

هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره ، وتربيته بما يصلحه ، ووقايته عما يؤذيه ، وهي نوع من ولاية وسلطنة ، لكنها بالإناث أليق ، لأنهن أشفق ، وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال ، ومؤنة الحضانة على الأب ، لأنها من أسباب الكفاية ، كالنفقة ، وحكى السرخسي وجهاً أنه ليس للأم طلب الأجرة بعد الفطام ، والصحيح : الأول[2] ، وأما أجرة الرضاع فقد سبق بيانها ، وفي الباب طرفان :

الأول : في صفات الحاضن والمجنون ، فإن كان أبو الطفل على النكاح ، فالطفل معهما يقومان بكفايته ، الأب بالإنفاق ، والأم بالحضانة والتربية ، وإن تفرقا بفسخ أو طلاق ، فالحضانة للأم إن رغبت فيها ، لكن لاستحقاقها شروط :

أحدها : كونها مسلمة ، إن كان الطفل مسلماً بإسلام أبيه ، فلا حضانة لكافرة على مسلم ، وقال الاصطخري : لها الحضانة ، وقيل : الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلى أن يبلغ الولد سبع سنين ، ثم الأب بعد ذلك . قال الأصحاب : والصحيح الأول ، فعلى هذا حضانته لأقاربه المسلمين على ما يقتضيه الترتيب ، فإن لم يوجد أحد منهم ، فحضانته على المسلمين ، والمؤنة في ماله ، فإن لم يكن له مال ، فعلى أمه إن كانت موسرة ، وإلا فهو من محاويج المسلمين ،

---

(١) بفتح الحاء لغة مأخوذة من الحضن ، بكسرها وهو الجنب وشرعاً : كما عرفها المصنف رحمه الله ، وتنتهي في الصغير بالتمييز وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة . قاله الماوردي ، وقال غيره تسمى حضانة .

(٢) وظاهره أن الأم في دوام الزوجية تقدم على الأب في الحضانة وإن طلبت أجرتها . وقال الشيخ برهان الدين في تعليقه أنه يجري فيه خلاف كما في مسألة امتناعها من الإرضاع وكما في مسألة طلب أجرة المثل للرضاع مع وجود تبرعه . انتهى .

وذكر الإمام المسألة فقال : لو طلبت الأم الحضانة والأجرة فهي بمثابة طلبها الأجرة للرضاع ولكن لو كان يتأتى من الوالد أن يتولى الحضانة بنفسه ولا حاجة إلى الإرضاع فيمكنه من تولي الحضانة هل ينزل منزلة وجدان متبرعة بالإرضاع والأم بطلب الأجرة عليه . فيه تردد بين الأصحاب يجوز أن يقال إنما يجري القولين في تقديمها مع طلب الأجرة في الإرضاع .

وولد الذميين في الحضانة كولد المسلمين ، فالأم أحق بها ، ولو وصف صبي منهم الإسلام ، نزع من أهل الذمة ، سواء صححنا إسلامه أم لا ، ولا يمكنون من كفالته[١] ، والطفل الكافر والمجنون تثبت لقريبه المسلم حضانته وكفالته على الصحيح[٢] ، لأن فيه مصلحة له .

الشرط الثاني : كونها عاقلة ، فلا حضانة لمجنونة ، سواء كان جنونها مطبقاً ، أو منقطعاً ، إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً ، ولا تطول مدته ، كيوم في سنين ، فلا يبطل الحق به ، كمرض يطرأ ويزول[٣] ، والمرض الذي لا يرجى زواله ، كالسل والفالج إن كان بحيث يؤلم أو يشغل الألم عن كفالته وتدبير أمره ، سقط حق الحضانة ، وإن كان تأثيره يعمر الحركة والتصرف ، سقطت الحضانة في حق من يباشرها بنفسه دون من يشير بالأمور ويباشرها غيره[٤] .

الشرط الثالث : كونها حرة ، فلا حضانة لرقيقة وإن أذن السيد ، ثم إن كان الولد حراً ، فحضانته لمن له الحضانة بعد الأم من الأب وغيره ، وإن كان رقيقاً ،

---

(١) قضيته وجوب الانتزاع وصحح الشيخ في باب اللقيط عدم وجوب الانتزاع وقال في الخادم : إن المذكور هنا هو الصواب واختاره الأذرعي وقال إنه ظاهر النص .

(٢) قال الشيخ البلقيني : قد يستشكل هذا بأنه لا يثبت للمسلم ولاية النكاح على قريبته الكافرة ، ولعل الجواب أن القصد بالولي في النكاح طلب الكفوء وعدم دخول العار وكفرها قاطع لذلك ، وهاهنا المقصود به الشفعة على الصغير وفيه نظر .

(٣) تعبيره بسنين بصيغة الجمع يقتضي تأثير وقوعه في سنة أو سنتين لكن عبارة الشرح الصغير كيوم في سنة ، وبين العبارتين تفاوت .

(٤) قال في الخادم : وهو صريح في أن للمرأة أن تستنيب عنها من يقوم بأمر ولدها ، ومن ذلك استنبط القاضي شرف الدين البارزي أن للعمياء الحضانة . قال : لأن الشرط أن يكون الحاضن قائماً بمصالح المحضون إما بنفسه أو بمن يستعين به سواء كان أعمى أو بصيراً . قال صاحب الخادم : ويوافق ما ذكره قول الرافعي فيما بعد أن ابن العم يثبت له الحضانة على بنت عمه التي تشتهى ، وله أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة وتعطى أجرها لكن لا تسلم إليه ، وهذه المسألة كثر السؤال عنها واشتهر أنه لا نقل فيها .
وقال ابن الرفعة في الكفاية : لم أر فيها نقلاً غير أنه يؤخذ من كلام الإمام ما يستنبط منه أنه مانع فإنه قال : إن حفظ الأم للولد الذي لا يستقل ليس مما يقبل العثرات ، فإن المولود في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظاً من مراقب لا يسهو ولا يغفل لأوشك أن يهلك ، ومقتضى هذا أن العمياء يمنع فإن الملاحظة معه كما وصف لا يتأتى . وقد يقال في ما قيل في الفالج إذا كان لا يلهي عن الحضانة بل يمنع الحركة. انتهى . وهو مصرح بجواز الاستنابة

فحضانته على السيد ، وهل له نزعه من الأب وتسليمه إلى غيره ؟ وجهان بناء على القولين في جواز التفريق[١] ، ولو كانت الأم حرة والولد رقيق ، بأن سبي طفل ثم أسلمت أمه ، أو قبلت الذمة ، فحضانته للسيد ، وفي الانتزاع منها الوجهان ، والمدبرة ، والمكاتبة ، والمعتق بعضها ، لا حضانة لهن ، لكن ولد المكاتبة ، إذا قلنا : إنه لها تستعين به في الكتابة ، سلم إليها ، لا لأن لها حضانة ، بل لأن الحق لها . وولد أم الولد من زوج أو زنى له حكمها ، يعتق بموت السيد وحضانته لسيده مدة حياته ، وهل لها حق الحضانة في ولدها من السيد ؟ وجهان ، الصحيح : لا حضانة لها لنقصها ، وقال الشيخ أبو حامد : لها الحضانة إلى سبع سنين ، ثم السيد أولى بالولد بعد السبع ، ولو كان ولد نصفه حر ، ونصفه رقيق ، فنصف حضانته لسيده ، ونصفها لمن يلي حضانته من أقاربه الأحرار ، فإن اتفقا على المهايأة ، أو على استئجار حاضنة ، أو رضي أحدهما بالآخر ، فذاك ، وإن تمانعا ، استأجر الحاكم حاضنة ، وأوجب المؤنة على السيد وعلى من يقتضي الحال الإيجاب عليه .

الشرط الرابع : كونها أمينة ، فلا حضانة لفاسقة[٢] .

الشرط الخامس : كونها فارغة خلية ، فلو نكحت أجنبياً ، سقطت حضانتها لاشتغالها بحقوق الزوج ، فلو رضي الزوج ، لم يؤثر ، كما لا يؤثر رضى السيد بحضانة الأمة ، فقد يرجعان فيتضرر الولد ، فلو نكحت عم الطفل ، فوجهان ، أصحهما : لا تبطل حضانتها لأن العم صاحب حق الحضانة ، وشفقته تحمله على رعاية الطفل ، فيتعاونان على كفالته بخلاف الأجنبي ، وبهذا قطع القفال والغزالي والمتولي ، ويقال : إن صاحب التلخيص خرجه من نص الشافعي رحمه الله ، أن الجدة إذا نكحت جد الطفل لا يبطل حقها من الحضانة[٣] ، وكذا لو كانت في

(١) قال الأذرعي : الصواب هل له نزعه من الأم وتسليمه إلى غيرها غير ما وقع في الروضة تبعاً لأصل سقيم سبق قلم .

(٢) قال الشيخ البلقيني : لو ادعى أحد الأبوين فسق صاحبه لينفرد بالكفالة إما بعد التخيير أو ادعاه الأب قبله ليأخذ الولد ففي الحاوي للماوردي في الحالة الأولى أنه لا يقبل قول مدعي ذلك ولا إحلاف غريمه ، وهذا جار في الثانية ، وفي فتاوى المصنف أن القول قول الأب ، وعليها بيان أهليتها .

(٣) المراد بجد الطفل جده لأبيه لا جده هذا هو الصحيح وأفتى به الشيخ المصنف ، وجرى عليه الشيخ ابن الرفعة .

نكاحه ، ثبت لها حق الحضانة بخلاف ما لو كانت في نكاح أجنبي ، والثاني : يبطل حق الأم ، وليس العم كالجد لأن الجد ولي تام الشفقة قائم مقام الأب ، وهذان الوجهان في نكاح الأم العم ، يطردان في كل من لها حضانته ، نكحت قريباً للطفل له حق في الحضانة ، بأن نكحت أمه ابن عم الطفل ، أو عم أبيه ، أو نكحت خالته التي لها حضانة عم الطفل ، أو نكحت عمته خاله ، هكذا ذكره الشيخ أبو علي وغيره ، ثم إنما يبقى الحق إذا نكحت الجدة جد الطفل ، أو الأم عمه على الأصح إذا رضي الذي نكحته بحضانتها ، فإن أبى ، فله المنع ، وعليها الامتناع .

فرع : إذا اجتمعت هذه الشروط فإنما تثبت لها الحضانة إذا كان الأبوان مقيمين في بلد ، فإن سافر أحدهما ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى ، وهل يشرط استحقاقها أن ترضع الولد إن كان رضيعاً ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، بل لها الحضانة وإن لم يكن لها لبن ، أو امتنعت من الإرضاع ، وعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الإمام ، وهذا أصح عند البغوي ، والثاني وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون : يشترط لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها ، وتنتقل إلى مسكن الأم ، وعلى هذا لا تمنع الأم من زيارته[1] .

فرع : لو أسلمت الكافرة ، أو أفاقت المجنونة ، أو عتقت الأمة ، أو رشدت

---

(١) قال الأذرعي : أصل الخلاف قول التهذيب فلو جف لبن المرأة أو امتنعت من الإرضاع لا يبطل حقها من الحضانة ، وعلى الأب أن يستأجر امرأة ترضعه عند الأم . وقيل : إذا امتنعت من الإرضاع بطل حقها من الحضانة ، والأول أصح .

وقال في الكافي إنه المذهب فخصصا نزع الولد بما إذا امتنعت مع وجود اللبن كما اقتضاه كلام المحرر . وقضية ذلك أنه لو لم يكن لها لبن أو كانت ذات لبن وأبت إرضاعه أنه يسقط حقها على الصحيح ، وبه صرح ابن الرفعة تبعاً لهما فعد من الموانع فقد الرضاع منها إما بامتناعها أو بعدم اللبن منها ، وقد تتبعت المسألة في كتب الطريقين على كثرتها فلم أرها إلا في التهذيب والكافي على النمط الذي ذكرته عنهما وكلام الطريقين يقتضي الجزم بعدم اشتراط كونها ذات لبن إلى آخر ما ذكره . وقال الشيخ البلقيني : ما ذكره تبعاً لأصله من وجه الاشتراط لا يعتقد أنه محمول على الصورتين المذكورتين في عدم الاشتراط بل المراد على الأصح إذا كانت ذات لبن كما صرح به في المحرر وحاصله أنه إن لم يكن لها لبن فلا خلاف في استحقاقها وإن كان لها لبن وامتنعت فالأول يفي استحقاقها والأصح لا . انتهى .

وبالغ الزركشي في الرد على الرافعي بعبارة خشنة ، قاله البكري .

الفاسقة ، أو طلقت التي سقط حقها بالنكاح ، تثبت لها الحضانة لزوال المانع ، وسواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً ، هذا هو نص المذهب ، وخرج ابن سريج قولاً انه لا حضانة للرجعية حتى تنقضي العدة ، وبه قال المزني لأن الرجعية زوجة ، فعلى المذهب : إن اعتدت في بيت الزوج فإنما تثبت لها الحضانة إذا رضي الزوج بأن يدخل الولد بيته ، فإن لم يرض ، لم يكن لها أن تدخله بيته ، وكذا في البائن ، وإذا رضي ، ثبت حقها بخلاف رضاه في صلب النكاح ، لأن المنع هناك لاستحقاقه الاستمتاع ، واستهلاك منافعها فيه ، وهنا للمسكن ، فإذا أذن صار معيراً .

فرع : إذا امتنعت الأم من الحضانة ، أو غابت ، فثلاثة أوجه ، الصحيح : أنها تنتقل إلى الجدة ، كما لو ماتت ، أو جنت ، والثاني : تنتقل إلى الأب ، والثالث : إلى السلطان لبقاء أهلية الأم كما لو غاب الولي في النكاح ، أو عضل ، يزوج السلطان لا الأبعد ، فعلى الصحيح متى امتنع الأقرب من الحضانة ، كانت لمن يليه ، لا للسلطان ، لأنها للحفظ والقريب الأبعد أشفق من السلطان .

فصل : أما المجنون ، فهو من لا يستقل بمراعاة نفسه ، ولا يهتدي إلى مصالحه لصغر أو جنون ، أو خبل وقلة تمييز ، ومتى بلغ الغلام رشيداً ، ولي أمر نفسه ولا يجبر على كونه عند الأبوين أو أحدهما ، ولكن الأولى أن لا يفارقهما ليخدمهما ويصلهما بره ، وإن بلغ عاقلاً غير رشيد ، فقد أطلق جماعة أنه كالصبي ، لا يفارق الأبوين ، وتدام حضانته ، وقال ابن كج : إن لم يحسن تدبير نفسه ، فالحكم كذلك ، وأما إن كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين ، فالصحيح أنه يسكن حيث يشاء ، ولا يجبر أن يكون عند الأبوين ، أو أحدهما ، وقيل : تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر عنه ، وهذا التفصيل حسن . وأما الأنثى إذا بلغت ، فإن كانت مزوجة ، فهي عند زوجها ، وإلا ، فإن كانت بكراً ، فعند أبويها أو أحدهما إن افترقا ، وتختار من شاءت منهما ، وهل تجبر على ذلك ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وليس لها الاستقلال ، والثاني : لا ، بل لها السكنى حيث شاءت ، لكن يكره لها مفارقتهما ، وبهذا قطع العراقيون ، وصحح ابن كج والإمام والغزالي الأول[1] ، ثم

---

(١) ليس في كلامه تصريح بترجيح ، والفتوى على الإجبار ، فإنه المنصوص للشافعي .

صرح الغزالي باختصاص هذه الولاية بالأب والجد ، كولاية الإجبار في النكاح ، وذكر البغوي في ثبوتها أيضاً للأخ والعم وجهين .

قلت : أرجحهما ثبوتها . والله أعلم .

وإن كانت ثيباً ، فالأولى أن تكون عند الأبوين ، أو أحدهما ، ولا تجبر على ذلك باتفاق الأصحاب ، لأنها صاحبة اختيار وممارسة ، وبعيدة عن الخديعة ، وهذا إذا لم تكن تهمة ، ولم تذكر بريبة ، فإن كان شيء من ذلك ، فللأب والجد ومن يلي تزويجها من العصبات منعها من الانفراد ، ثم المحرم منهم يضمها إلى نفسه إن رأى ذلك ، وغير المحرم يسكنها موضعاً يليق بها ، ويلاحظها دفعاً للعار عن النسب ، كما يمنعونها نكاح غير الكفء ، وأثبت البغوي للأم ضمها إليها عند الريبة ، كما أثبتها للعصبة ، ولو فرضت التهمة في حق البكر ، فهي أولى بالاحتياط ، فتمنع من الانفراد بلا خلاف ، ونقل في « العدة » عن الأصحاب أن الأمرد إذا خيف من انفراده فتنة ، وانقدحت تهمة ، منع من مفارقة الأبوين .

قلت : الجد كالأبوين في حق الأمرد ، وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى . والله أعلم .

فرع : إذا ادعى الولي ريبة ، وأنكرت ، فقد ذكر احتمالان ، أحدهما : لا يقبل قوله لأن الحكم على الحرة العاقلة بمجرد الدعوى بعيد ، وأصحهما : يقبل ويحتاط بلا بينة ، لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة .

فصل : إنما يحكم بأن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلاً ، وهو الصغير في أول أمره ، والمجنون ، فأما إذا صار الصغير مميزاً ، فيخير بين الأبوين إذا افترقا ، ويكون عند من اختار منهما ، وسواء في التخيير الابن والبنت ، وسن التمييز غالباً سبع سنين ، أو ثمان تقريباً ، قال الأصحاب : وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان ، ومدار الحكم على نفس التمييز ، لا على سنه ، وإنما يخير بين الأبوين إذا اجتمع فيهما شروط الحضانة ، بأن يكونا مسلمين حرين عاقلين عدلين مقيمين في وطن واحد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وأن

تكون الأم خلية ، فإن اختل في أحدهما بعض الشروط ، فلا تخيير ، والحضانة للآخر ، فإن زال الخلل ، انشيء التخيير ، ولو وجدت الشروط فيهما ، واختص أحدهما بزيادة في الدين أو المال أو محبة الولد ، فهل يختص به أم يجري التخيير ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، ويجري التخيير بين الأم والجد عند عدم الأب ، ويجري أيضاً بينها وبين من على حاشية النسب ، كالأخ والعم ، على الأصح ، وقيل : تختص به الأم ، وفي ابن العم مع الأم هذان الوجهان ، إن كان الولد ذكراً ، فإن كان أنثى ، فالأم أحق قطعاً ، ويجري الخلاف أيضاً بين الأب والأخت والخالة إذا قدمناها عليه قبل التمييز[1] كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وإذا اختار أحد الأبوين ، ثم اختار الآخر ، حولناه إليه ، فإن عاد واختار الأول ، أعدناه إلى الأول ، فإن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه ، جعل عند الأم كما قبل التمييز ، وكذا لو بلغ على نقصانه وخبله .

فرع : إذا اختار الأب وسلم إليه ، فإن كان ذكراً ، لم يمنعه الأب من زيارة أمه ولا يحوجها إلى الخروج لزيارته ، وإن زارته ، لم يمنعها من الدخول عليه[2] ، وله منع الأنثى من زيارة الأم ، فإن شاءت الأم ، خرجت إليها للزيارة ، لأنها أولى بالخروج لسنها وخبرتها ، ثم الزيارة تكون في الأيام على العادة ، لا في كل يوم ، وإذا دخلت ، لا تطيل المكث ، ولو مرض الولد ذكراً كان أو أنثى ، فالأم أولى بتمريضه ، فإنها أشفق وأهدى إليه ، فإن رضي بأن تمرض في بيته ، فذاك ، وإلا فينقل الولد إلى بيت الأم ، ويجب الاحتراز عن الخلوة إذا كانت تمرضه في بيت الأب ، وكذا إذا زارت الولد ، فإن لم يكن هناك ثالث ، خرج حتى تدخل ، وإذا مات ، لم تمنع من حضور غسله وتجهيزه إلى أن يدفن ، وإن مرضت الأم ، لم يكن للأب منع الولد من عيادتها ، ذكراً كان أو أنثى ، ولا يمرضها ، قال الروياني : إلا إذا

---

(١) قال في الخادم : هذا التقييد عجيب ، فإن تقديمهما عليه وجه ضعيف ، ولو قلنا به لم يثبت لهما ما ليس للأم ، وقد تابعه البارزي في التمييز وساق لفظه .

(٢) عدم المنع هل هو على سبيل الوجوب أو الندب ؟

قال ابن الرفعة : الذي صرح به البندنيجي ودل عليه الماوردي الوجوب قال في الخادم وبه صرح الامام ، ثم نقل عن الجرجاني الاستحباب فحصل وجهان .

أحسنت الأنثى التمريض .

فرع : إذا اختار الأم ، فإن كان ابناً ، أوى إليها ليلاً ، وكان عند الأب نهاراً يؤدبه ويعلمه أمور الدين والمعاش والحرفة[١] ، وإن كانت بنتاً ، كانت عند الأم ليلاً ونهاراً ، ويزورها الأب على العادة ، ولا يطلب إحضارها عنده ، وهكذا الحكم إذا كان الولد عند الأم قبل سن التخيير .

فرع : إذا اختار الأم ، فليس للأب إهماله بمجرد ذلك ، بل يلزمه القيام بتأديبه وتعليمه ، إما بنفسه وإما بغيره ويتحمل مؤنته ، وكذا المجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه يلزم الأب رعايته ، وإنما تقدم الأم فيما يتأتى منها وما هو شأنها .

قلت : تأديبه وتعليمه واجب على وليه أباً كان أو جداً أو وصياً أو قيماً ، وتكون أجرة ذلك في مال الصبي ، فإن لم يكن له مال ، فعلى من تلزمه نفقته ، وقيل : إن أجرة ما لا يلزمه تعلمه بعد البلوغ تكون في مال الولي مع يسار الولد ، والأول أصح ، وقد سبق بعض هذا في أول كتاب الصلاة . والله أعلم .

فرع : لو خيرناه فاختارهما ، أقرع بينهما ، وإن لم يختر واحداً منهما ، فوجهان ، أحدهما : يقرع وبه قطع البغوي ، وأصحهما : الأم أحق ، لأنه لم يختر غيرها ، وكانت الحضانة لها فيستصحب ، وبه قطع في « البسيط » .

قال الروياني : لو ترك أحد الأبوين في وقت التخيير كفالته للآخر ، كان الآخر أحق به ، ولا اعتراض للولد ، فإن عاد وطلب الكفالة ، عدنا إلى التخيير ، قال : ولو تدافع الأبوان كفالته ، وامتنعا منها ، فإن كان بعدهما من يستحق الحضانة ، كالجد والجدة ، خير بينهما ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يخير الولد ، ويجبر من اختاره على كفالته ، فعلى هذا لو امتنعا من الحضانة قبل سن التمييز ، يقرع بينهما ، ويجبر من

---

(١) أي بحسب الحال على ما يليق بالولد ، ولهذا قال الماوردي ويكون في النهار مع أبيه إن كان من أهل الصناعة أو في الكُتاب إن كان من أهل التعليم وعبارة الشافعي في المختصر والأم بالكتاب ، ونازع فيها ابن داود وقال : الأفصح المكتب لأن الكتاب جمع الكاتب فيكون على حذف مضاف أي موضع فيه الكتاب . انتهى وما قاله مردود ففي الصحاح للجوهري : للكتاب والكتبة ، أيضاً واحد المكاتيب . انتهى وقال المبرد : المكتب موضع التعليم والمُكتِبُ والمُعلمُ والكُتاب الصبيان ومن قال للموضع الكتاب فقد أخطأ . انتهى .

خرجت قرعته على حضانته ، والثاني : يجبر عليها من تلزمه نفقته .

قلت : أصحهما الثاني . والله أعلم .

فصل : ما سبق من أن الأم أولى من الأب قبل التمييز ، وأنه يخير بينهما بعد تمييزه ، هو فيما إذا كان الأبوان مقيمين في بلد واحد ، فأما إذا أراد أحدهما سفراً ، أو أرادا سفراً يختلف فيه بلدهما ، فينظر ، إن كان سفر حاجة ، كحج وغزو وتجارة ، لم يسافر بالولد ، لما في السفر من الخطر والمشقة ، بل يكون مع المقيم إلى أن يعود المسافر ، سواء طالت مدة السفر أم قصرت ، وعن الشيخ أبي محمد وجه أن للأب أن يسافر به إذا طال سفره[1] ، وإن كان سفر نقلة ، نظر ، إن كان ينتقل إلى مسافة القصر ، فللأب أن ينتزعه من الأم ويستصحبه معه ، سواء كان المنتقل الأب أو الأم ، أو أحدهما إلى بلد والآخر إلى آخر ، احتياطاً للنسب ، فإن النسب يتحفظ بالآباء ، ولمصلحة التأديب والتعليم ، وسهولة القيام بنفقته ومؤنته ، وسواء نكحها في بلدها أو في الغربة ، فلو رافقته الأم في طريقه ، دام حقها ، وكذا في المقصد ، ولو عاد من سفر النقلة إلى بلدها ، عاد حقها ، ولو كان الطريق الذي يسلكه مخوفاً ، أو البلد الذي يقصده غير مأمون لغارة ونحوها ، لم يكن له انتزاع الولد ، وإن كان الانتقال إلى دون مسافة القصر ، فوجهان ، أحدهما : لا يؤثر ، ويكونان كالمقيمين في محلتين من بلد ، وأصحهما : أنه كمسافة القصر ، ولو اختلفا، فقال : أريد الانتقال ، فقالت : بل التجارة ، فهو المصدق بيمينه ، وقال القفال : يصدق بلا يمين ، والأول أصح ، فإن نكل ، حلفت ، وأمسكت الولد ، وسائر العصبات من المحارم ، كالجد والأخ والعم ، بمنزلة الأب في انتزاع الولد ونقله إذا أرادوا الانتقال ، احتياطاً للنسب ، وكذا غير المحارم ، كابن العم ، إن كان الولد ذكراً ، وإن كان أنثى ، لم تسلم إليه ، قال المتولي : إلا إذا لم تبلغ حداً يشتهى مثلها ، وفي « الشامل » أنه لو كان له بنت ترافقه ، سلمت إلى بنته[2] ، وأما المحرم الذي لا

---

(١) ما أطلقه من الحكاية عن الشيخ أبي محمد في طول السير تابع فيه الغزالي لكن الصواب في حكايته عنه تقييد الطول بما إذا طال على حد يظهر أثره ولا ضرورة لمطلق الطول . هذا حكاه عنه الإمام في النهاية .

(١) فيه أمران

أحدهما : ما حكاه عن المتولي ذكره الفوراني وحكاه في البحر عن القفال أيضاً لكن بالنسبة إلى التخيير =

عصوبة له ، كالخال والعم للأم ، فليس له نقل الولد إذا انتقل ، لأنه لا حق له في النسب .

فرع : إنما يثبت حق النقل للأب وغيره ، إذا استجمع الصفات المعتبرة في الحضانة ، قال المتولي : ولو كان للولد جد مقيم ، وأراد الأب الانتقال ، كان له أن ينقل الولد ، ولم تمنع منه إقامة الجد ، وكذا حكم الجد عند عدم الأب ، ولا تمنعه إقامة الأخ أو العم ، لكن لو لم يكن أب ولا جد ، وأراد الأخ الانتقال ، وهناك ابن أخ أو عم يقيمان ، فليس للأخ انتزاعه من الأم لنقله ، بخلاف الأب والجد ، لكمال عنايتهما وتقارب عناية غيرهما من العصبات .

فرع : لو كان كل واحد من الأبوين يسافر لحاجة ، واختلف طريقهما ومقصدهما ، فيشبه أن يدام حق الأم ، ويحتمل أن يكون مع الذي مقصده أقرب ، أو مدة سفره أقصر .

قلت : المختار أنه يدام مع الأم ، وهو مقتضى كلام الأصحاب . والله أعلم .

الطرف الثاني : في ترتيب المستحقين للحضانة ، فمتى اجتمع اثنان فصاعداً من مستحقي الحضانة ، نظر ، إن تراضوا بواحد ، فذاك ، وإن تدافعوا ، وجبت على من عليه النفقة ، وقيل : يقرع ، وتجب على من خرجت قرعته ، والصحيح الأول ، وإن طلبها كل واحدة ممن فيه شروطها ، فهم ثلاثة أضرب :

الضرب الأول : محض الإناث ، فأولاهن الأم ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث ، تقدم أقربهن ، وتقدم البعدى منهن على القربى من أمهات الأب ، ثم بعد أمهات الأم ، قولان ، الجديد : تقدم أم الأب ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث ، ثم أم أبي الأب ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث ، ثم أم أبي الجد ، ثم أمهاتها كذلك ،

= ثم استغربه وهو كما قال لما سيأتي .

الثاني : ما حكاه عن الشامل سهو ، وإنما ذكر ذلك في الحضانة لا في السفر فقال : وإن لم يكن محرماً كابن العم ، فإن كانت له بنت سلمت إلى بنته ، ثم ذكر أحكام النقلة ولم يتعرض لذلك البتة ، وكذا حكاه عنه صاحب الاستقصاء وغيره ، وقد ظهر بهذا أن الحكم لا أصل له ، والعجب أنه اعتمده الرافعي في المحرر وتابعه في المنهاج ، ولكن كلامه في الشرح الصغير يفهم أنه لم يرتضه حيث قال : فإن كانت له بنت ترافقه فقد قيل يسلم إليها . هذا لفظه والذي أطلقه الأصحاب هنا في التخيير أنها تبقى مع الأم .

وتقدم الأقرب منهن فالأقرب ، ويتأخر عنهن الأخوات والخالات ، ودليل هذا القول ، أنهن جدات وارثات فقدمن على الأخوات والخالات ، على هؤلاء الجدات ، والقولان متفقان على تقديم جنس الأخوات على الخالات ، وعلى أن الخالات يقدمن على بنات الأخوات ، وبنات الإخوة ، والعمات ، لأنهن يشاركنهن في المحرمية والدرجة وعدم الإرث ، ويتميزن[1] بالإدلاء بقرابة الأم ، وعن ابن سريج تقديم الخالة على الأخت للأب ، وهو شاذ ضعيف ، ثم الحضانة بعد الخالات لبنات الأخوات ، وبنات الاخوة يقدمن على العمات ، هكذا رتب الإمام والغزالي والبغوي ، وحكى الروياني هذا وجهاً ، وادعى أن الأصح تقديم العمات على بنات الإخوة وبنات الأخوات ، ثم حكى وجهين فيمن يقدم بعد العمات ، أحدهما : بنات الأخوات والإخوة ، ثم بنات سائر العصبات بعد الإخوة ، ثم بنات العمات ، ثم خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عماته . والثاني : تقدم بعد العمات خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عماته ، ولا حضانة لعمات الأم لإدلائهن بذكر غير وارث ، ثم خالات الجد ، ثم عماته ، وهكذا ، فإن فقدن جميعاً ، فالحضانة لبنات الأخوات والإخوة ، وفي أي رتبة وقعن ، تقدم بنات الأخوات على بنات الإخوة ، كما تقدم الأخت على الأخ .

فرع : الأخت من الأبوين ، تقدم على الأخت من الأب ، وعلى الأخت من الأم ، وأما الأخت من الأب ، والأخت من الأم ، فأيهما تقدم على صاحبتها ؟ وجهان ، الصحيح المنصوص في الجديد والقديم : تقديم الأخت من الأب ، وقال المزني وابن سريج : تقدم الأخت من الأم ، وأما الخالة من الأب مع الخالة من الأم والعمة ، فإن قدمنا الأخت للأم على الأخت للأب ، فكذا هنا ، وإن قدمنا الأخت للأب ، فوجهان ، أحدهما : تقدم الخالة للأم والعمة للأم ، وأصحهما : يقدم التي هي لأب ، وفي الخالة لأب وجه ، أنها لا تستحق حضانة أصلاً ، لأنها تدلي بأبي أم .

فرع : المنصوص أنه لا حضانة لكل جدة تسقط في الميراث ، وهي من تدلي بذكر بين أنثيين ، وقيل : لهن الحضانة ، لكن يتأخرن عن جميع المذكورات

(١) في ط ويتميرون

أولاً ، وقيل : يتقدمن على الأخوات والخالات ، لأنهن أصول ، ويتأخرن عن الجدات الوارثات ، وفي معنى الجدة الساقطة ، كل محرم يدلي بذكر لا يرث ، كبنت ابن البنت وبنت العم للأم[١] .

الأنثى التي ليست بمحرم ، كبني الخالة والعمة ، وبنتي الخال والعم ، لهن الحضانة على الأصح[٢] ، فإن كان الولد ذكراً ، استمرت حضانتهن حتى يبلغ حداً يشتهى مثله ، وتقدم بنات الخالات على بنات الأخوات ، وبنات العمات على بنات الأعمام ، وتقدم بنات الخؤولة على بنات العمومة .

فرع : لبنت المجنون حضانته إذا لم يكن له أبوان[٣] ، ذكره ابن كج ، قال الروياني : ولو كان للمحضون زوجة كبيرة ، وكان له بها استمتاع ، أو لها به استمتاع ، فهي أولى بكفالته من جميع الأقارب ، وإن لم يكن استمتاع ، فالأقارب أولى ، وكذا لو كان للمحضونة زوج كبير ، وهناك استمتاع ، فهو أولى ، وإلا فالأقارب ، فإن كان لها قرابة أيضاً ، فهل يرجح بالزوجية ؟ وجهان[٤] .

الضرب الثاني : محض الذكور ، وهم أربعة أصناف ، الأول : محرم وارث ، كالأب والجد والأخ وابن الأخ والعم ، فلهم الحضانة ، وحكى البغوي وغيره وجهاً ، أنه لا حضانة لغير الأب والجد من الرجال ، وقيل : لا حضانة للأخ من الأم خاصة لعدم العصوبة والولاية ، والصحيح الأول ، فيقدم الأب ، ثم الجد وإن علا ، يقدم

---

(١) قال في القوت : كون بنت العم للأم محرماً غير معقول .
وقال في الخادم : وهذا المثال الثاني سهو ، فإن بنت العم للأم أو للأب ليست من المحارم فإنه يحل له نكاحها ، وقد تابعه ابن الرفعة في الكفاية على هذا التمثيل وزاد بنت الخال وهو عجيب والصواب التمثيل ببنت الأخ للأم

(٢) قال الأذرعي : هذا مخالف لقوله قبيل الفرع وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم تدلى بذكر لا يرث كبنت ابن البنت وبنت العم .

(٣) ولا ينبغي التخصيص بالأبوين بل الأصول المتقدمون في معناهم .

(٤) وحكاية الوجهين هكذا عن الروياني فيه نظر ، فإن الظاهر إنما أخذها من الحاوي ، والذي في الحاوي حكايتها فيما كان للزوج قرابة ، وهل يترجح بها كالزوجية . ثم هذا التفصيل المذكور هنا فيه مخالفة لبعض ما ذكروه في كتاب الصداق في تسليم الصغيرة .

منهم الأقرب فالأقرب ، ثم الأخ للأبوين ، ثم الأخ للأب ، ثم الأخ للأم(١) ، ثم بنو الإخوة على هذا الترتيب ، ثم العم للأبوين ، ثم العم للأب ، ثم عم الأب ، ثم عم الجد ، هذا هو المذهب ، وفي وجه ، يقدم الأخ للأم على الأخ للأب ، وفي وجه ، يتقدم العم على الأخ للأم لعصوبته ، وفي وجه ، يتقدم الأعمام على بني الإخوة من الأم(٢) .

الصنف الثاني : وارث غير محرم ، كابن العم وابنه ، وابن عم الأب والجد ، فلهم الحضانة على الصحيح ، وفيهم الوجه الذي حكاه البغوي ، ثم إن كان الولد ذكراً أو أنثى لا تشتهى ، سلمت إليه ، وإن بلغت حداً تشتهى ، لم تسلم إليه ، لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة ، وتعطى أجرتها ، فإن كانت له بنت ، سلمت إليه(٣) ، وفي ثبوت الحضانة للمعتق ، وجهان ، أحدهما : نعم ، كالإرث ، وولاية النكاح ، وتحمل الدية ، وأصحهما : لا ، لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة ، فعلى هذا لو كانت له قرابة وهناك من هو أقرب منه ، فهل يرجح لانضمام عصوبة القرابة إلى عصوبة الولاء ؟ وجهان ، حكاهما الروياني ، مثاله : عم وعم أب معتق .

قلت : الأصح لا يرجح(٤) . والله أعلم .

---

(١) قال في القوت : ابن الأخ للأم ليس من هذا القسم لأنه غير وارث ولا حضانة له على الأصح فضلاً عن تقدمه .

(٢) قال الأذرعي في القوت : قوله من الأم تبع فيه بعض نسخ الشرح وهو سبق ، قلم من ناقل . والصواب حذف قوله من الأم ، كما هو في نسخ الشرح الصغير والنسخ المعتمدة من الكبيره وغيرهما . وقد قال الرافعي قبل نقل هذا الوجه أنه لا مدخل لبني الإخوة من الأم ، في هذا القسم لأنهم لا يرثون .

(٣) لم يقع عن قصد . ثم عبارة المحرر والروضة وأصلها يشعر بأنه لا يعتبر الثقة في بنته ونحوها من محارمه ، وقد ذكرا فيما سبق أن الحكاية عن الأصحاب جواز خلوة رجل أجنبي بامرأتين من غير تقييد بالثقة فيهما ولا في أحدهما ، والظاهر اعتبار الثقة في بنته ونحوها بالأجنبية وكذلك أطلق في الشرح الصغير أن له طلب تسليمها إلى امرأة ثقة ولم يزد .

(٤) هذا الذي صححه جزم به الماوردي لكنه مخالف لمسائل ذكرها في كتاب النكاح منها : أبنا عم أحدهما أخ لأم أو أبنا أبناء عم أحدهما ابنها أو أبنا عم أحدهما لأبوين والآخر لأب لكنه يدلي بإخوة الأم وإذا كان الراجح بهذا الأكثرين تقديم الأخ للأم في الأولى وتقديم الابن في الثانية وتقديم الذي يدلى بإخوة الأم في الثالثة لزم أن يكون الأصح هنا التقديم وبأن الحضانة ترجح فيه بكثرة الأسباب ، ولا يرد شيء من المسائل المذكورة على ما رجحه هنا لأن المعتق بعدت رتبته عن القريب الآخر فلم يترجح على الاصح

الصنف الثالث : محرم غير وارث ، كأبي الأم ، والخال ، والعم للأم ، وابن الأخت ، وابن الأخ للأم ، فلا حضانة لهم على الأصح ، لضعف قرابتهم ، فإن قلنا : لهم حضانة ، تأخروا عن المحارم الوارثين ، وعن الوارثين الذين لا محرمية لهم .

الصنف الرابع : من ليس بمحرم ولا وارث من الأقارب ، كابن الخال والخالة والعمة ، فلا حضانة لهم على المذهب ، وقيل : وجهان ، وإذا أثبتنا الحضانة لجميع المذكورين من الأصناف الأربعة ، تفريعاً على المذهب في بعضهم ، وعلى الضعيف في بعضهم ، وتركنا التقسيم ، قلنا : يقدم الأب ، ثم أب الأب وإن علا ، ثم الإخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الجد ، ثم بنوهم ، ثم الجد أبو الأم ، وكل جد يدلي بذكر بين انثيين ، يقدم الأقرب منهم فالأقرب ، ثم الخال ، ثم العم للأم ، ثم ابن الخال ، ثم ابن العم للأم ، ثم المعتق ، ثم عصباته ، ومنهم من يقتضي كلامه تأخر بني العم عن أعمام الأب والجد ، لأن لهم محرمية مع الإرث .

الضرب الثالث : في اجتماع الذكور والإناث ، فتقدم الأم على جميعهم ، حتى على الأب ، ثم أم الأم وإن علت ، تقدم على الأب وغيره ، فلو نكحت الأم ورضي أبو الولد وزوجها بكونه عندها ، سقط حق الجدة على الأصح[1] ، وإذا اجتمع الأب والجدات من جهته ، قدم عليهن على الصحيح المنصوص ، لأنهن يدلين به ، وقيل : يتقدمنه ، لولادتهن وصلاحيتهن[2] ، وطرد هذا الخلاف في الأخت للأب مع الأب وإن كانت فرعاً له ، لصلاحيتها ، وأما الأخت من الأبوين ، أو من الأم والخالة ، فإن قلنا بالقديم وقدمناهن على أمهات الأب ، قدمناهن على

---

(١) وعبارة الرافعي « ذكر في التهذيب وجهين وجعل أصحهما أولهما » انتهى وقد يستشكل هذا التصحيح بما ذكراه فيما إذا نكحت الأم أجنبياً ورضي بالولد فإنهما جزما بأنه لا أثر لذلك لجواز الرجوع فيتضرر الولد ، وقد يعرف تأكد الرضى هنا بوجوده من الأبوين ، وقد استغرب في المطلب ما ذكره البغوي والمراد بالجدة أم الولد وإن أطلقها البغوي .

(٢) تعليله الوجه في تقديم أم الأب بالولادة والصلاحية لا معنى له لأنه إما أن يعني بها ولادة المحضون فالأب يشاركها في ذلك بل هو أولى بهذا الوصف ، وإما أن يعني به ولادة الأب التي هي محققة ، فهذا الوصف لا يتعلق بالمحضون .

الأب ، وإن قدمنا أمهات الأب على الأخت والخالة ، يقدم الأب هنا على الأصح المنصوص ، وقيل : يتقدمان عليه لأنوثتهما وإدلائهما بالأم ، فعلى هذا لو كانت مع الأب أو الأخت للأب ، والخالة أم الأب ، فوجهان ، قال الاصطخري : الحضانة للأب ، لأن الأخت تسقط بأم الأب ، وهي تسقط بالأب ، وقال الأكثرون : الحضانة للأخت ، لأنها مقدمة على الأب على الوجه الذي تفرع عليه ، وتسقط أم الأب بالأب . ولو اجتمع الأب والأخت للأب والأخت للأم ، وقلنا بالصحيح : إن الأخت للأم مقدمة على الأخت للأب ، فهل الحضانة للأب ، أم للأخت للأم ؟ فيه هذان الوجهان ، فإذا قلنا بالصحيح في تقديم الأب على أمهاته ، وبالأصح في تقديمه على الأخت للأم والخالة ، فالمقدم بعد أمهات الأم الأب ، ثم أمهاته المدليات بالإناث ، ثم الجد أبو الأب ، وفيه مع أمهاته ما في الأب ، ثم أبو الجد وأمهاته كذلك ، ويتقدمون جميعاً على الأقارب الواقعين على حواشي النسب ، وأما الجدات الساقطات ، فقد سبق الكلام في استحقاقهن ، وفي زينتهن ، وإذا لم يوجد مستحق للحضانة من الأجداد والجدات ، فثلاثة أوجه ، أحدها : نساء القرابة وإن بعدن أولى من الذكور ، وإن كانوا عصبات ، لصلاحيتهن ، فعلى هذا تقدم الأخوات والعمات والخالات وبناتهن على الإخوة والأعمام وبنيهم ، والثاني : العصبات أولى ، لقوة نسبهم وقيامهم بالتأديب ، والثالث ـ وهو الأصح : لا يرجح واحد من الفريقين على الآخر ، بل يقدم منهم الأقرب ، فالأقرب ، فإن استوى اثنان ، قدم بالأنوثة ، فعلى هذا تقدم بعد الآباء والأمهات ، الإخوة والأخوات ، وتقدم الأخوات على الإخوة ، ثم بعد الإخوة بنات الأخوات ، ثم بنو الإخوة ، وتقدم بنت الأخ على ابن الأخت اعتباراً بمن يحضن لا بمن يدلي به ، فإن فقدوا كلهم ، فالحضانة للخؤولة ، ثم العمومة ، وتقدم الخالات على الأخوال ، والعمات على الأعمام ، فإن فقدوا ، فالحضانة لأولادهم على ما ذكرنا في أصولهم ثم لخؤولة الأبوين ثم لعمومتهما ، على هذا الترتيب ، وإذا استوى اثنان ، كأخوين أو خالتين ، وتنازعا ، أقرعنا ، وإذا لم يوجد أحد من نساء القرابة ولا من العصبات ، وهناك رجال من ذوي الأرحام ، فحكمهم ما ذكرنا في الصنف الرابع[1] .

---

(١) قال في الخادم : هذا مخالف لما قدمه في الكلام على محض الاناث وهو قوله والقولان متفقان على تقديم صنف الأخوات على الخالات ، وعلى أن الخالات يتقدمن على بنات =

فرع : الأخت مع الجد كهي مع الأب[1] .

فرع : لو كان في أهل الحضانة خنثى ، هل يتقدم على الذكر في موضع لو كان أنثى لتقدم لاحتمال الأنوثة ، أم لا لعدم الحكم بها ؟ وجهان .

قلت : الأصح : الثاني . والله أعلم .

وإذا أخبر عن ذكورته أو أنوثته ، عمل بقوله في سقوط الحضانة ، وهل يعمل بها في استحقاقها ، أم لا يعمل للتهمة ؟ وجهان ، حكاهما الروياني .

قلت : أصحهما : يعمل وهو الجاري على قواعد المذهب في نظائره . والله أعلم .

الباب السادس في نفقة المملوك

تجب على السيد نفقة رقيقه ، قوتاً وأدماً ، وكسوته ، وسائر مؤوناته ، قناً كان أو

= الإخوة والأخوات ، وهذا صريح في تقديم الخالة على بنت الأخت وبنت الأخ بلا خلاف ، وقضية كلامه هنا أن الأصح تقديم بنت الأخ وبنت الأخت على الخالة فكيف يمكن جعله أصح مع مخالفة الجديد والقديم أيضاً ، ووقع الموضعان أيضاً في الحاوي للماوردي والبحر للروياني ، وقد نقل للرافعي فيما سبق عن الروياني أنه صحح عند انفراد النسوة تقديم الخالات والعمات على بنات الأخوات ، وبنات الإخوة وصحح هنا هذا الوجه وهو مناقض لذلك وممن نبه على هذا التناقض العلامة نجم الدين ابن الرفعة ، ثم ذكر جواب شيخه البلقيني ولم يصرح به ، وعبارة شيخه البلقيني وعندي له جواب وهو أن يكون محل هذا الخلاف فيما إذا اجتمع ابن الأخ وبنت الأخت مع الخالة ، فإن لنا وجهاً من الثلاثة المذكورة في الكُتب المذكورة أن العصبات مقدمون على من عد الأصول وحينئذ فإذا اجتمع من ابن الأخ الخالة وبنت الأخ كان ابن الأخ مسقطاً للخالة وأخته تحجبه من الحضانة فقدمت على الخالة حينئذ على الأصح كما في النوعين المذكورين في الكتاب وأصله في التفريع على الوجه الضعيف ، والكلام الذي ذكرتموه لا يتم عليه لأن ابن الأخ وابن الأخت مقدمان على بنت الأخ وبنت الأخت على هذا الوجه ، ولا يصح أن يقال الأنثى مرجحة حينئذ لأنا نقول إنما فرعنا على الثالث المرجح لرجحان الأنثى على المشار في الحالة فصح بمقتضى ذلك إثبات الخلاف في تقديم بنت الأخت وبنت الأخ على الحالة واجتمع مع نفي الخلاف عند تمحض الإناث ، وأيضاً فإنا إذا فرعنا على المرجح الثالث لم يقطع النظر عن قوة العصوبة من على وجه بل الذكر حينئذ يساويها ، وأخته مقدمة عليه ، والمقدم على أحد المتساويين يقدم على الآخر على أن الذي اعتقده تقديم الخالة على بنت الأخ وهو الذي جرى عليه صاحب الحاوي الصغير انتهى ومما قدره الشيخ يدفع الاعتراض على الروضة وأصلها .

(١) جزم البغوي في تعليقه بتقديم الأخت على الجد لاستوائهما وزيادة الأخت بالأنوثة .

مدبراً ، أو أم ولد ، سواء الصغير والكبير ، والزمن والأعمى والسليم ، والمرهون والمستأجر وغيرهم ، فإن كان كسوباً ، فكسبه لسيده ، فإن شاء أخذه وأنفق عليه من سائر أمواله ، وإن شاء ، أنفق عليه من كسبه ، فإن لم يف بها ، فالباقي على السيد ، وإن زاد ، فالزيادة للسيد ، ولو اشترك جماعة في رقيق ، فالنفقة عليهم بحسب أنصبائهم ، ولا تجب نفقة المكاتب على سيده .

قلت : وهل يلزم السيد شراء الماء لطهارة رقيقة ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، كفطرته ، والثاني : لا ، لأن له بدلاً وهو التيمم ، كما لا يلزمه دم بتمتعه بل يصوم . والله أعلم .

فصل : لا تتقدر نفقة الرقيق ، بل تعتبر الكفاية ، وفيما تعتبر به الكفاية ؟ أوجه ، أصحها : تعتبر كفايته في نفسه ، وتراعى رغبته وزهادته ، وإن زاد ذلك على كفاية مثله غالباً ، والثاني : يعتبر ما يكفي مثله في الغالب ، ولا يعتبر نفسه ، وعن صاحب « الحاوي » إن كان يؤثر فقد الزيادة في قوته وبدنه ، لزمت السيد ، وإلا فلا ، وينبغي أن تجيء هذه الأوجه في نفقة القريب .

فصل : وأما جنس نفقة الرقيق ، فغالب القوت الذي يطعم منه المماليك في البلد ، من الحنطة والشعير[1] وغيرهما ، وكذا الأدم الغالب ، والكسوة من القطن والكتان والصوف وغيرها ، وتراعى حال السيد في اليسار والإعسار ، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه ، ولا يجوز الاقتصار في الكسوة على ستر العورة ، وإن كان لا يتأذى بحر ولا برد ، ولو تنعم السيد في الطعام والأدم والكسوة ، استحب أن يدفع إليه مثله ، ولا يلزمه ، بل له الاقتصار على الغالب ، ولو كان السيد يأكل ويلبس دون المعتاد غالباً ، إما بخلاً وإما رياضة ، لزمه رعاية الغالب للرقيق على الصحيح ، وقيل : له الاقتصار على ما اقتصر عليه لنفسه[2] .

فصل : إذا كان له عبيد ، يستحب أن يسوي بينهم في الطعام والكسوة ،

(١) قال في الخادم ، هذا يوهم أن واجبه الحب ، وقال الماوردي ، على السيد أن يدفع إليه طعامه مخبوزاً وإدامه مصنوعاً بخلاف الزوجة ، وكان المعنى فيه أنه يتفرغ لإصلاحه .

(٢) قال في الخادم : استثنى في شرح مسلم منه ما إذا رضي العبد بذلك .

ويفضل النفيس على الخسيس[١] ، والصحيح : الأول ، وفي الجـواري وجهان ، أحدهما : يسوي بينهن كالعبيد ، وأصحهما : يفضل ذوات الجمال والفراهة للعادة ، وهـذا هو المنصـوص ، وسواء فيـه السريـة وغيرهـا ، والمراد بـالتسويـة أنه يكـره التفضيل ، وبالتفضيل أنه مستحب لا واجب[٢] .

فصل : إذا ولي رقيقه معالجة طعامه ، فجاءه به ، فينبغي أن يجلسـه معه ليتناول منه ، فإن لم يفعل السيد ، أو امتنع الرقيق توقيراً للسيد ، فينبغي أن يروغ له السيد لقمة أو لقمتين ، ثم يناوله ، والترويغ : أن يرويها دسماً ، وأشار الشـافعي رضي الله عنه في ذلك إلى ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه يجب الترويغ والمناولة ، فإن أجلسه معه ، فهو أفضل ، والثاني : يجب أحدهما لا بعينه ، وأظهرهما : لا يجب واحد منهما ، والأمر بهما على الاستحباب ندباً إلى التواضـع ومكارم الأخـلاق ، ومنهم من قـطع بنفي الوجـوب ، وذكر قـولين في أن الإجلاس أفضـل ، أم همـا متساويان ، والمذهب الأول ، وأصل هذا الاستحباب في مناولة الـطعام اللذيـذ ، يشمل من عالجه وغيره ، لكنه فيمن عالجه آكد ، ورعايته في حق الحاضرين أهم ، والخلاف في الوجوب مختص بمن عالجه ، وليكن ما يناوله لقمة كبيرة تسد مسداً ، لا صغيرة تهيج الشهوة ، ولا تقضي النهمة .

فصل : نفقة الرقيق لا تصير ديناً ، بل تسقط بمضي الزمان[٣] ، ولو دفع إليه طعاماً ، ثم أراد إبداله ، قال الروياني : ليس له ذلك عند الأكل ، ويجوز قبله ، وعن الماوردي : أنه إن تضمن الإبدال تأخر الأكل ، لم يجز .

فصل : إذا ولدت أمته ، أو أم ولده منه ، فله أن يجبرها على إرضاعه ، لأن

---

(١) وهذا الوجه هو قضية العرف وبه أجاب الصيمري فقال : ويختلف حالهم باختلاف أقدارهم ومنازلهـم وجزم به الماوردي وغيره فليس كسوة الراعي والسايس ككسوة من قام بالتجارة وغيرها .

(٢) وهو يقتضي جريان ذلك في الاماء ، والرافعي إنما ذكره في العبيد وهذا أخذه من قول الرافعي وقوله ـ يعني في الوجيز : ولا يجب تفضيل النفيس على الخسيس في جنس الكسوة ـ لفظ الوجوب لم يستعمله أكثر الأئمة في هذا الموضع وإنما تكلموا في أولوية التسوية وكراهة التفضيل .

(٣) قال في الخادم : ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا أذن له القاضي في الاستقراض كما سبق هناك ، وقد صرح به في البحر فقال : لو قال الحاكم لعبد رجل غائب استدن وأنفق على نفسك فذلك دين على السيد ويجوز ذلك

لبنها ومنافعها له ، ولو أراد تسليم الولد إلى غيرها ، وأرادت هي إرضاعه ، فوجهان ، أحدهما : له ذلك لأنها ملكه ، وقد يريد الاستمتاع بها واستخدامها ، وأصحهما : ليس له ، وبه قطع في « الوجيز » لأن فيه تفريقاً بين الوالدة وولدها ، لكن له أن يضمه في أوقات الاستمتاع إلى غيرها ، وليس له أن يكلفها إرضاع غير ولدها معه بأجرة ولا بغيرها ، إلا أن يفضل لبنها عن ري ولدها ، لقلة شربه ، أو لكثرة اللبن ، أو لاجتزائه بغير اللبن في أكثر الأوقات ، ولو مات ولدها ، أو استغنى عن اللبن ، فله ذلك ، وله إجبارها على فطامه قبل الحولين إذا اجتزأ الولد بغير اللبن ، وعلى الإرضاع بعد الحولين ، وإن كان يجتزىء بغير اللبن ، إلا إذا تضررت ، وليس لها الاستقلال بالفطام قبل تمام الحولين ، وعلى الأب الأجرة إذا امتنعت الأم من الفطام ، إما لها وإما لغيرها ، وذكر فيه احتمال إذا لم يتضرر به الولد ، وإن اتفقا عليه ، جاز ، إذا لم يتضرر الولد ، وأما بعد الحولين فيجوز لكل واحد منهما الفطام إذا اجتزأ بالطعام ، ويجوز أن يزاد في الإرضاع على الحولين إذا اتفقا .

فرع : لو لم يكن ولد الأمة من السيد ، بل مملوك له من زوج أو زنى ، فحضانته على السيد ، وحكم الإرضاع على ما ذكرنا ، وإن كان الولد حراً ، فله طلب الأجرة على الإرضاع ، ولا يلزمه التبرع به كما لا يلزم الحرة التبرع[1] ، ولو رضي بأن ترضعه مجاناً ، لم يكن لها الامتناع[2] .

فصل : تجوز المخارجة وهي ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو أسبوع مما يكتسبه ، وليس للسيد إجبار العبد عليها ، ولا للعبد إجبار السيد ، كالكتابة ، وحكي قول مخرج أن للسيد إجباره كما ينقل منافعه قهراً إلى غيره ، وليس بشيء ، وإذا تراضينا على خراج ، فليكن له كسب دائم يفي بذلك الخراج ، فاضلاً عن نفقته وكسوته ، إن جعلهما في كسبه ، وإذا وفى وزاد كسبه ، فالزيادة بر من السيد لعبده ، وتوسيع للنفقة عليه ، وإذا ضرب عليه خراجاً أكثر مما يليق ، وألزمه

---

(١) يستثنى منه اللبأ الذي لا يعيش الولد إلا به فليس للسيد المنع منه ، وقد ذكر الرافعي في زوجة المفقود إذا حضر بعد أن تروجت وأتت بولد من الثاني وحكمنا ببقاء نكاح الأول أن له منها من إرضاع الولد إلا اللبأ الذي لا يعيش إلا به .

(٢) وقوله « لها » هو الصواب ، والضمير في رضع راجع للسيد وهذا واضح .

تـأديته ، منعـه السلطان ، ويجبر النقص في بعض الأيـام بـالـزيـادة في بعضهـا ، والمخارجة غير لازمة .

فصل : لا يجوز للسيد أن يكلف رقيقه من العمل إلا ما يطيق الدوام عليه ، فلا يجوز أن يكلفه عملاً يقدر عليه يـوماً ويـومين ، ثم يعجز عنـه ، وإذا استعمله نهاراً ، أراحه ليـلاً ، وكذا بـالعكس ، ويريحـه في الصيف في وقت القيلولة[١] ، ويستعمله في الشتاء ، النهار مع طرفي الليل ، ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة ، وعلى العبد بذل المجهود ، وترك الكسل .

فصل : إذا امتنع من النفقة على مملوكه ، باع الحاكم ماله في نفقته ، وهل يبيع شيئاً فشيئاً ، أم يستدين عليـه ، فإذا اجتمـع عليه شيء صـالح ، بـاع ؟ فيه وجهان .

قلت : الثاني أصح . والله أعلم .

فإن لم يجد له مالاً ، أمره بأن يبيعه ، أو يؤجره ، أو يعتقه ، فإن لم يفعل ، باعه الحاكم أو أجره ، فإن لم يشتره أحد ، أنفق عليه من بيت المال ، فإن لم يكن فيه مال ، فهو من محاويج المسلمين ، فعليهم القيام بكفايته[٢] .

فصل : من ملك دابة ، لزمه علفها ، وسقيها ، ويقوم مقام العلف والسقي تخليتها لترعى ، وترد إن كانت مما يرعى ويكتفى به لخصب الأرض ونحوه ، ولم يكن مانع ثلج وغيره ، فإن أجدبت الأرض ولم يكفها الرعي ، لزمه أن يضيف إليه من العلف ما يكفيها ، ويطرد هذا في كل حيوان محترم ، وإذا امتنع المالك من ذلك ،

---

(١) زاد في التنبيه : وفي وقت الاستمتاع إن كان له امرأة . وقال الشافعي في مختصر البويطي في أواخر النفقات فيما إذا زوج أمته ولا بد للمملوكة أن يكون لها وقت ينزل فيها عند القيلولة في الصيف وبعد ثلث الليل الأول وليس للمملوكة أول الليل ولا آخر الليل ولا أول النهار ولا آخره لأنه محتاج إليها ولا بد للمملوكة ـ أن يجعل لها هذا الوقت . انتهى .

(٢) وإذا قلنا ينفق عليه من بيت المال فهل يكون قرضاً على سيده من حيث إن بيت المال لا حق فيه لرقيق ولا لكافر أو يكون تبرع من بيت المال من غير رجوع . فيه نظر . وهذا إذا كان الرقيق مسلماً ، فإن كان كافراً فهل ينفق عليه من بيت المال يشبه أن يكون كالحر الذمي . وفيه كلام سبق في اللقيط . وقال الجوري : لا يلزم المسلمين القيام بنفقة الكافر وسيأتي من ذلك في كلام السير يخالفه .

أجبره السلطان في المأكولة على بيعها أو صيانتها عن الهلاك بالعلف أو التخلية للرعي أو ذبحها ، وفي غير المأكولة على البيع أو الصيانة ، فإن لم يفعل ، ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه ويقتضيه الحال ، وعن ابن القطان أنه لا يخليها لخوف الذئب وغيره ، فإن لم يكن له مال ، باع الحاكم الدابة ، أو جزءاً منها ، أو اكراها ، فإن لم يرغب فيها لعمى أو زمانة ، أنفق عليها بيت المال كالرقيق .

فرع : يجوز غصب العلف للدابة إذا لم يجد غيره ، ولم يبعه صاحبه ، وكذا غصب الخيط لجراحتها ، وفيهما وجه ضعيف .

فرع : يحرم تكليف الدابة ما لا تطيقه ، من تثقيل الحمل ، وإدامة السير وغيرهما .

قلت : يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه ، وإن كانت تطيقه يوماً ونحوه ، كما سبق في الرقيق . والله أعلم .

فرع : لا يجوز نزف لبن الدابة بحيث يضر ولدها ، وإنما يحلب ما فضل عن ري ولدها ، قال الروياني : ويعني بالري : ما يقيمه حتى لا يموت ، وقد يتوقف في الاكتفاء بهذا ، قال المتولي : ولا يجوز الحلب إذا كان يضر البهيمة لقلة العلف ، قال : ويكره ترك الحلب إذا لم يكن فيه إضرار بها ، لأنه تضييع للمال ، قال : والمستحب أن لا يستقصي في الحلب ، ويدع في الضرع شيئاً ، وأن يقص الحالب أظفاره لئلا يؤذيها .

فرع : يبقي للنحل شيئاً من العسل في الكوارة ، فإن كان أخذه العسل في الشتاء ، وزمن تعذر خروج النحل ، كان المتبقي أكثر ، وإن أقام شيئاً مقام العسل لغذائها ، لم يتعين ابقاء العسل .

فرع : دود القز يعيش بورق التوت ، فعلى مالكه تخليته لأكله ، فإن عز الورق ، ولم يعتن المالك به ، بيع ماله في تحصيل الورق لئلا يهلك من غير فائدة ، فإذا جاء الوقت ، جاز تجفيفه بالشمس ، وإن كان يهلك لتحصل فائدته[1] .

---

(١) وفي مناقب أحمد لابن الجوزي أنه سئل عن تشميس دود القز ليموت في ذلك المنسوج لكيلا يعود =

فـرع : ما لا روح فيه كالعقـار والقنى والزرع والثمـار ، لا يجب القيـام بعمارتها ، ولا يكره ترك زراعة الأرض ، لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الامكان لما فيه من إضاعة المال ، قال المتولي : ويكره أيضاً ترك عمارة الدار إلى أن تخرب[1] ، ولا يكره عمارات الدور وسائر العقار للحاجة ، والأولى ترك الزيادة ، وربما قيل : تكره الزيادة وبالله التوفيق .

تم الجزء السادس
ويليه الجزء السابع وأوله :
« كتاب الجنايات »

= فيعرض ما عليه من القز . قال : إذا لم يجدوا منه بدّاً ولم يريدوا بذلك أن يعذبوه بالشمس فلا بأس به .
قال ابن الجوزي : وهذا من فقهه حيث اعتبر في جواز التعذيب عدم قصد نفس التعذيب .

(١) قال في الخادم : التعليل بإضاعة المال يقتضي التحريم ، وقد قطع الرافعي بذلك في مسألة إلقاء المتاع في البحر إلى آخر ما ذكره ثم قال أيضاً ، ينبغي أن يختص هذا بالمطلق التصرف ، أما المحجور عليه فيجب على وليه عمارة داره وحفظ ثمره وزروعه بالسقي بل في البحر في باب ترجيح الوجوب ، وقد حكى الرافعي آخر الوديعة عن فتاوى القفال أنه لو ترك ورق الفرصاد حتى فات وقته ضمن ولم يحك فيه خلافاً ثم قال أيضاً هذا في الطلق . أما الوقف فكلام الرافعي في باب الوقف يقتضي أن الحكم كذلك وحكى فيه الاتفاق ، والصواب ما قاله في الذخائر هناك أنه يجب عمارة المشرف على الهلاك كما ينفق على الحيوان قال : وبه قطع العراقيون . قال صاحب الخادم ، وهو ظاهر إذا كانت له غلة أو شرط عمارته من جهة أخرى حاصلة فإنها تجب حفظاً للموقوف عليه على البطون وعملاً بما يقتضيه الوقف من الانفاق .

فهرس الجزء السادس من روضة الطالبين

كتاب الطلاق

كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار

كتاب الكفارات

كتاب اللعان والقذف

كتاب العدد

كتاب الرضاع

كتاب النفقات




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)











